

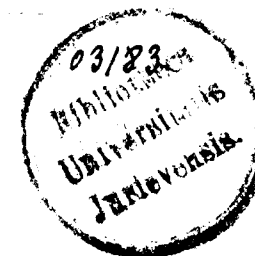
IV. А. б. 389.

Ө. В. Тарановскій.

Новый опытъ построения философіи права въ русской литературѣ

(І. В. Михайловскій, Очерки философіи права, томъ І,
Томскъ, 1914).

Цѣна 50 коп.

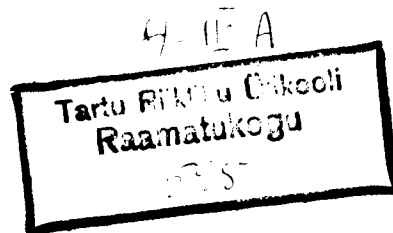


Юрьевъ.

Типографія К. Маттисена.

Коп. 40 и. 1915.

Оттискъ изъ „Ученыхъ Записокъ Императорскаго Юрьевскаго
Университета“.



Новый опытъ построения философіи права въ русской литературѣ

(И. В. Михайловскій, Очерки философіи права, томъ I,
Томскъ, 1914).

Весною прошлаго года вышелъ въ свѣтъ первый томъ „Очерковъ философіи права“ профессора Томскаго Университета И. В. Михайловскаго. Этотъ томъ содержитъ въ себѣ общее введеніе гносеологическаго и методологическаго характера и затѣмъ философію права въ тѣснѣмъ смыслѣ, т. е. философское ученіе о правѣ. Какъ видно изъ указаній автора, попадающихся въ первомъ томѣ (§ 76, с. 60; § 92, с. 71; § 271, с. 216; § 434, с. 370; § 622, с. 551), второй томъ „Очерковъ“ предполагается посвятить ученію о государствѣ и объ отношеніи между государствомъ и правомъ. Такимъ образомъ оказывается, что первый томъ представляетъ собою самостоятельное цѣлое. Въ виду этого вполне возможно научно-критическое обсужденіе перваго тома, какъ законченной въ извѣстныхъ предѣлахъ системы философіи права.

И. В. Михайловскій строитъ свою философію права на началахъ нравственнаго и религіознаго идеализма, и это вызываетъ со стороны специалистовъ особый интересъ къ труду автора.

Со времени Неволіна идеалистическая традиція не прерывалась въ русскомъ правовѣдѣніи. Господство позитивизма не пресѣкло ея, но въ весьма значительной мѣрѣ ее обезсилило, сведя число ея приверженцевъ среди ученыхъ юристовъ до крайне небольшого количества. При этихъ условіяхъ русская юридическая литература идеалистическаго

направленія, хотя и не прекратилась, но все же стала количественно незначительной и особенно оскудѣла общими теоретическими курсами. Съ 1900-го года имѣются въ этомъ родѣ всего лишь два произведенія: „Философія права“ Б. Н. Чичерина и „Энциклопедія права“ кн. Е. Н. Трубецкого. Оба они, къ сожалѣнію, не даютъ общаго философскаго ученія о правѣ въ полномъ и законченномъ видѣ. „Философія права“ Б. Н. Чичерина сводитъ во едино воззрѣнія автора по нѣкоторымъ, правда существеннѣйшимъ, но все же далеко не всѣмъ вопросамъ общаго ученія о правѣ и государствѣ; поэтому она въ высшей степени полезна и цѣнна для изученія этого выдающагося мыслителя, но мало пригодна и во всякомъ случаѣ не достаточна въ качествѣ систематическаго курса философіи права. „Энциклопедія права“ кн. Е. Н. Трубецкого представляетъ собою крайне элементарный учебникъ, въ которомъ какъ общее состояніе науки, такъ и собственные научные взгляды автора отразились въ весьма неполномъ и, такъ сказать, уменьшенномъ видѣ. При такомъ состояніи общей литературы по идеалистической философіи права, объемистый (въ 604 страницы) томъ І. В. Михайловскаго, содержащій подробное изложеніе всѣхъ обычныхъ отдѣловъ общей теоріи права, не можетъ не привлечь къ себѣ серіознаго вниманія всѣхъ, кого занимаютъ общіе теоретическіе вопросы въ области правовѣдѣнія.

І. В. Михайловскій не только продолжаетъ идеалистическую традицію русскаго правовѣдѣнія, посвящая свой трудъ „памяти безгранично-почитаемаго учителя Б. Н. Чичерина“, но и задается цѣлью обновить ее. Обновленіе проявляется въ стремленіи автора совмѣстить и сочетать съ основами религіозно-нравственнаго идеализма тѣ положительные выводы, къ которымъ пришла юридическая наука подъ вліяніемъ различныхъ направленій позитивной философіи, и въ попыткѣ достигнуть такимъ путемъ синтетическаго рѣшенія основныхъ проблемъ общей теоріи права. Такое заданіе, которое авторъ ставитъ себѣ на первыхъ же страницахъ своего труда, еще болѣе усиливаетъ интересъ къ нему.

Своевременность, умѣстность и научная важность поставленнаго І. В. Михайловскимъ заданія находятся внѣ всякаго сомнѣнія. Этого не могутъ не признать и лица, стоящіе по своимъ основнымъ научнымъ и философскимъ взглядамъ

на точкѣ зрѣнія, прямо противоположной І. В. Михайловскому. Въ такомъ именно положеніи очутился рецензентъ произведенія І. В. Михайловскаго въ Журналѣ Министерства Юстиціи (1915 г., мартъ), — Н. Я. Новомбергскій.

Убѣжденный реалистъ и позитивистъ, Н. Я. Новомбергскій не опровергаетъ религіозно-метафизическихъ основъ философіи права, но заявляетъ, что произведеніе І. В. Михайловскаго приходится оцѣнивать именно съ этихъ точекъ зрѣнія, и затѣмъ въ этихъ конгеніальныхъ рамкахъ производить оцѣнку новаго произведенія. Не смотря на эпизодическія похвальныя вставки, оцѣнка эта вышла по существу отрицательной. Оказывается, что въ исходномъ для философіи права ученіи о родовомъ понятіи закона (нормы), „для естественныхъ наукъ авторъ спутываетъ понятіе закона и закономѣрности“, а по вопросу о соотношеніи юридическаго закона и закона природы авторъ дѣлаетъ въ дальнѣйшемъ изложеніи такое заявленіе, которое „не только противорѣчитъ ранѣе высказанному авторомъ взгляду, но и несовмѣстимо съ его метафизическимъ положеніемъ о единствѣ мысли и бытія, старательно развитымъ во введеніи“ (с. 294). Идеалистическое рѣшеніе проблемы естественнаго права приводитъ автора къ провозглашенію „идеи господства права“, но по частному вопросу объ изданіи законовъ съ нарушеніемъ конституціи авторъ высказываетъ утвержденія, которыя трудно совмѣстить съ этой идеей, и самъ себѣ противорѣчитъ, отчего „получается логическій кругъ“ (с. 296). Въ главѣ о „правѣ и нравственности“ рецензентъ находитъ положеніе, прямо противорѣчащее даннымъ современнаго положительнаго права (с. 296). По поводу ученія автора о происхожденіи права рецензентъ наглядно показываетъ, что „нельзя признать этого научнымъ объясненіемъ“ (с. 300). По поводу „теоріи положительнаго права“ рецензентъ высказываетъ „нѣсколько своихъ сомнѣній“, — строго фактическаго характера и потому врядъ-ли устранимыхъ. Одно изъ этихъ „сомнѣній“ является прямымъ обличеніемъ автора въ ошибку, именно, — по поводу до крайности упрощеннаго рѣшенія авторомъ вопроса о парламентскомъ иммунитѣ рецензентъ уличаетъ автора въ замѣнъ юридическаго понятія „безотвѣтственности“ фактическимъ понятіемъ „безпрепятственности“ и говоритъ: „Столь неудачнымъ замѣщеніемъ

понятій не рѣшается вопросъ, имѣющій громадную литературу. Кромѣ того, авторъ отождествляетъ конструктивное понятіе „безотвѣтственности“ съ болѣе узкимъ понятіемъ „безнаказанности“. Для юриста-философа такое смѣшеніе понятій не допустимо“ (с. 301).

Послѣ такой оцѣнки по существу Н. Я. Новомбергскій въ концѣ рецензіи все же заявляетъ, что „учебникъ проф. Михайловскаго необходимо отнести къ выдающимся произведеніямъ“ (с. 303). Выводъ оказывается довольно таки неожиданнымъ. Очевидно, чтобы разсѣять недоумѣніе читателя, Н. Я. Новомбергскій въ заключительныхъ строкахъ своей рецензіи даетъ слѣдующее поясненіе: „Помимо уже отмѣченныхъ оригинальныхъ построеній автора, къ достоинствамъ учебника слѣдуетъ отнести умѣлый выборъ наиболѣе типическихъ теорій, искусное упрощеніе запутанныхъ и сложныхъ теорій, хорошій языкъ, обиліе пояснительныхъ примѣровъ и удачное распредѣленіе матеріала по главамъ и параграфамъ“ (с. 303). Всѣ эти „достоинства“, впервые названные только въ концѣ рецензіи, въ виду голословности ихъ перечня мало убѣдительны для читателя, особенно по сравненію съ указаніемъ недостатковъ и сомнѣній, достаточно аргументированнымъ и обоснованнымъ. Но, если даже принять всѣ эти „достоинства“ на вѣру, то все же нельзя признать именно ихъ достаточными для отнесенія надѣленного ими произведенія къ категоріи выдающихся. Поэтому крайне лестный заключительный отзывъ рецензента приходится поневолѣ отнести насчетъ „отмѣченныхъ оригинальныхъ построеній автора“. Тщательное перечитываніе рецензіи убѣждаетъ насъ въ томъ, что оригинальныхъ построеній у автора отмѣчено рецензентомъ весьма мало. „Руководящихъ положеній“, которыми проникнута вся книга, — религіозно-метафизическаго міровоззрѣнія и либерализма автора, — рецензентъ не считаетъ оригинальными, такъ какъ прямо заявляетъ, что „оба эти положенія заимствованы авторомъ у своего учителя“ (с. 292). „Самостоятельность собственныхъ построеній автора“ признается рецензентомъ только относительно ученія объ естественномъ правѣ (с. 296). Однако отзыва своего въ данномъ случаѣ рецензентъ ничѣмъ не аргументируетъ и даже не показываетъ читателю, чѣмъ именно характеризуется „самостоятельность собственныхъ построеній

автора“ сравнительно съ постановкой вопроса въ старой школѣ и въ новѣйшемъ возрожденіи естественнаго права. Авторское опредѣленіе права рецензентъ называетъ „превосходнымъ“, но объ оригинальности его не говоритъ ни слова. Такимъ образомъ мы вынуждены признать, что рецензентъ не приводитъ достаточныхъ основаній, изъ которыхъ наглядно слѣдовало бы, что „учебникъ проф. Михайловскаго необходимо отнести къ выдающимся произведеніямъ“. Тѣмъ не менѣе мы думаемъ, что рецензентъ имѣлъ въ виду извѣстное основаніе для подобнаго отзыва, хотя о немъ нигдѣ и не говорится въ рецензіи. Такимъ невысказаннымъ и, быть можетъ, даже подсознательнымъ основаніемъ послужило, думается намъ, то высокое заданіе, которое авторъ поставилъ себѣ, и которое, какъ мы уже указали, заключается въ томъ, чтобы на основахъ религіозно-нравственнаго идеализма дать высшій синтезъ различныхъ, казалось бы, исключających другъ друга воззрѣній на право.

Заданіе, которое поставилъ себѣ авторъ, является несомнѣнно выдающимся. Отсюда конечно не слѣдуетъ, чтобы признаніе выдающагося заданія обязывало къ необходимости отнести посвященный ему трудъ къ выдающимся произведеніямъ. Дѣло вѣдь не въ замыслѣ, а въ его выполненіи. Выдающимся можетъ быть признано только такое произведеніе, въ которомъ выполненіе соответствуетъ замыслу, если и не вполнѣ, то все же въ значительной степени. Напротивъ того значительное несоотвѣтствіе между замысломъ и выполненіемъ ставитъ произведеніе не выше, но ниже средняго уровня профессиональнаго научнаго производства и вызываетъ даже сомнѣніе въ научной искренности и глубинѣ пониманія самаго замысла.

Съ напряженнымъ интересомъ принялся я за чтеніе „Очерковъ философіи права“ и обстоятельно ознакомился съ ними. Тщательное изученіе не оправдало тѣхъ надеждъ, которыя внушаются читателю авторскимъ предисловіемъ. Я убѣдился, что „Очерки“ не только не пролагаютъ новыхъ путей, но и далеко не всегда улавливаютъ сущность и объективное значеніе наличныхъ направленій науки. Черезъ всю книгу тянется почти непрерывная цѣпь внутреннихъ противорѣчій, которыя лишаютъ систему автора не только необходимой законченности, но и логической послѣдовательности и

доказательности. Основное синтетическое задание выполняется внѣшнимъ образомъ, механически и, слѣдовательно, остается безъ разрѣшенія. Не довольствуясь метафизическими построениями при рѣшеніи тѣхъ вопросовъ, на которые наука дѣйствительно не въ состояніи дать отвѣта, авторъ по временамъ „выходитъ изъ предѣловъ общепризнанныхъ научныхъ методовъ“ и въ тѣхъ случаяхъ, когда дѣло идетъ объ эмпирическихъ фактахъ, въ установленіи и конструкціи которыхъ наука вполне компетентна. Въ такихъ случаяхъ получается не восполненіе науки, но произвольное расхожденіе съ нею, которое подрываетъ объективно необходимую дисциплину познающаго разума.

Придя къ такому убѣжденію на основаніи тщательнаго изученія „Очерковъ“, я счелъ себя обязаннымъ отозваться въ печати на этотъ новый опытъ построения философіи права въ отечественной литературѣ. Отзывъ мой принялъ размѣры, необычные для рецензій; тѣмъ не менѣе я не могъ сократить его, такъ какъ опасался, что всякаго рода сокращенія затруднятъ читателя въ дѣлѣ проверки моихъ критическихъ замѣчаній.

Первый томъ „Очерковъ философіи права“ И. В. Михайловскаго раздѣленъ авторомъ на введеніе и три части. Во введеніи опредѣляются „предметъ науки, ея задачи и методы“. Первая часть даетъ „общее ученіе о правѣ“, подъ которымъ авторъ разумѣетъ выясненіе „идеи права и ея реализаціи“. Двѣ остальные части посвящены „теоріи положительнаго права“, причемъ вторая часть занимается „объективной стороной права“, третья — „субъективной стороной права“.

Слѣдующій ниже разборъ „Очерковъ“ ведется въ томъ же порядкѣ, въ которомъ расположены отдѣльныя части ихъ авторомъ.

I.

Во введеніи выясняется, согласно поставленному авторомъ заголовку, „предметъ науки, ея задачи и методы“. Во избѣжаніе недоразумѣнія необходимо предупредить читателя, что дѣло здѣсь идетъ не о наукѣ вообще, а лишь о той теоретической дисциплинѣ, которой посвященъ трудъ автора, т. е. о философіи права. Такъ какъ, по мнѣнію автора, философія — „больше чѣмъ наука“ (§ 37, с. 28), то заголовокъ,

которымъ снабжено введеніе, оказывается на самомъ дѣлѣ не только не шире, но даже уже обозначаемого имъ содержанія. Отмѣтивъ нѣкоторую неточность или, быть можетъ, небрежность заголовка, приступаемъ къ существу вопроса, обсуждаемаго во введеніи.

Авторъ отправляется отъ „потребности въ основной юридической наукѣ“ (см. Оглавленіе, с. I), которая ставила бы себѣ задачей изученіе всей совокупности правовыхъ явленій „въ ихъ органическомъ единствѣ“ (§ 1, с. 1). Этой потребности пытаются удовлетворить три теоретическихъ дисциплины: энциклопедія права, общая теорія права и философія права. Въ установленіи различія между тремя названными дисциплинами (§§ 5—10) авторъ слѣдуетъ Н. М. Коркунову (Лекціи по общей теоріи права, §§ 2—4). Подобно Коркунову авторъ опредѣляетъ энциклопедію права какъ „краткое изложеніе всѣхъ спеціальныхъ юридическихъ наукъ“ (§ 5, с. 3), но при этомъ забываетъ, чего не забывалъ Коркуновъ, о существованіи философскихъ энциклопедій права въ сороковыхъ и пятидесятихъ годахъ XIX столѣтія. Забравъ энциклопедію права въ силу недостатковъ ея, отмѣченныхъ Коркуновымъ, авторъ закрываетъ предъ ней двери университета и ссылаетъ ее въ среднія учебныя заведенія, причемъ поучительно замѣчаетъ, что для преподаванія въ послѣднихъ „вовсе не нужно быть профессоромъ“ (§ 6, с. 4). По вопросу о взаимоотношеніи между общей теоріей и философіей права авторъ выступаетъ противникомъ Коркунова. Въ то время какъ послѣдній признавалъ философію права, въ качествѣ порожденія метафизической стадіи познанія, отжившей дисциплиной, авторъ напротивъ видитъ въ общей теоріи права одностороннюю и несовершенную попытку созданія „основной юридической науки“ и находитъ полное и законченное осуществленіе задачъ послѣдней единственно въ философіи права. Въ данномъ случаѣ авторъ слѣдуетъ авторитету „безгранично-почитаемаго учителя“ — Б. Н. Чичерина, памяти котораго посвящаетъ своей трудъ. Надлежитъ при этомъ отмѣтить, что приверженность автора къ философіи права не является только продолженіемъ стараго нѣмецкаго идеализма, какъ это было у Чичерина, но и совпадаетъ съ „тѣмъ поворотомъ къ метафизикѣ, который мы наблюдаемъ за послѣднее время“ (§ 39, с. 29).

Определение задач и методов философии права ставится автором, вполне понятно, в зависимости от такого же определения философии вообще (§ 11, с. 8). Посмотрим поэтому прежде всего, что понимает наш автор под философией.

Составными частями философии автор считает гносеологию, метафизику и этику (§§ 20—22) и предметом философии полагает „мир, как единое целое во всей полноте его основных определений“ (§ 23, с. 17). Подъ полнотой основных определений автор разумет познание как „чувственной“, так и „сверхчувственной“ стороны мира (§ 29, с. 21). „Все различие между философией и специальными науками заключается в том, что специальные науки изучают определенные группы явлений и их ближайшая сущности¹⁾ с известной точки зрения, между тем как философия имеет в виду все явления мировой жизни и стремится познать их общую сущность, первоосновы мира (Вл. Соловьев). Очевидно, что *тут все сводится к различию трудности дела*.“ (§ 29, с. 22)²⁾.

По вопросу о методѣ философского познания наш автор говорит следующее: „Философия, отличаясь от всех остальных областей знания и чрезвычайной сложностью своего предмета, и широтой, и глубиной своих задач, должна пользоваться (и на самом деле пользуется) всеми методами, которыми пользуются специальные науки. Вместе с тем же особенности ее предмета и задач обуславливают *первенство* дедуктивного метода... Кроме строгонаучных методов философия пользуется для своих построений и для наиболее глубоких синтезов еще и другими способами познания: интуицией, сверхсознанием“ (§§ 33—34, с. 25—26).

1) В видѣ пояснения необходимо привести воззрѣніе автора на понятие сущности. Въ принципиальномъ противоположеніи понятій, — *явленіе и сущность*, — авторъ видитъ недоразумѣніе. „Различіе между этими понятіями чисто формальное: сущность обнаруживается, раскрывается, проявляется въ явленіяхъ. Кроме того то, что представляетъ собою сущность въ одномъ отношеніи, сплошь и рядомъ есть только явленіе въ другомъ отношеніи“ (§ 29, с. 21—22).

2) Последнія слова подчеркнуты нами въ качествѣ вывода, нѣсколько неожиданнаго и довольно таки, надо признать, страннаго.

Задача философии заключается в стремленіи къ „полному знанію“, которое обнимаетъ собою не только познание, но и оцѣнку существующаго, и установленіе идеаловъ (§ 35, с. 26—27).

Изъ приведеннаго видно, что авторъ не ограничивается формальнымъ определеніемъ понятія, задачи и метода философии, но и наполняетъ это определение матеріальнымъ содержаніемъ известнаго философскаго направленія. Философія отождествляется у него съ метафизикой и идеализмомъ, причемъ преобладающее мѣсто отводится нравственному идеализму. Последній обосновывается авторомъ на религіи. Свои метафизическіе и религіозно-идеалистическіе взгляды авторъ сочетаетъ съ данными положительной науки. „Я“, говоритъ авторъ, „добросовѣстно изучилъ литературу, основанную на позитивизмѣ, социологизмѣ, историзмѣ и натурализмѣ, и пришелъ къ убѣжденію, что въ ней заключается только часть истины, но далеко не вся истина. А эта часть истины вполне совмѣстима съ религіозно-метафизическими основами защищаемаго мною мировоззрѣнія“ (Предисловіе, с. III).

Авторъ особенно настаиваетъ на глубокомъ историко-философскомъ обоснованіи своего мировоззрѣнія и подчеркиваетъ, что онъ лично не въ примѣръ другимъ доходитъ въ этомъ обоснованіи до „индійской и египетской религіозной философіи“ (§ 13, с. 9). Въ видахъ точности необходимо указать, что объ египетской философіи мы не находимъ во всемъ произведеніи автора ни единого упоминанія по существу; все же отношеніе къ индійской философіи исчерпывается процитированіемъ изреченія *tat twam asi* (§ 127, с. 97). Не можемъ кстати не отмѣтить, что приведенное изреченіе не только сопоставляется, но и отождествляется авторомъ съ любовью ко всей твари Божьей, которую проповѣдуетъ у Достоевскаго Зосима. Такое отождествленіе, думается намъ, не правильно: православный старецъ не могъ имѣть, и не имѣлъ въ виду пантеистической мысли. Впрочемъ все таинственныя бланкетныя ссылки автора на египетскую и индійскую философію не имѣютъ рѣшительно никакого значенія для непосредственной области его размышленія, — для философіи права. Въ томъ періодѣ развитія человѣчества, къ которому относятся индійская и египетская философія, „личность еще не сознаетъ себя отдѣльно отъ окружающей соціальной

группы, *здесь нѣтъ еще свободы, а стало бытъ нѣтъ еще дифференціаціи права изъ общей этической основы*“ (§ 220, с. 172).

Въ духѣ метафизики и нравственнаго идеализма на религіозной основѣ опредѣляется и философія права въ ученіи нашего автора. Въ отличіе отъ общей теоріи права, характеризуемой какъ „позитивизмъ, релятивизмъ и реализмъ“, „философія права работаетъ“, заявляетъ авторъ, „подъ знаменемъ метафизики и идеализма“ (§ 10, с. 7). „Въ основѣ ея лежитъ идеалистическое міровоззрѣніе, т. е. признаніе мірового разумно-этического порядка, частью котораго является право“ (§ 45, с. 35). И въ философію права авторъ включаетъ религіозный элементъ, который характеризуется имъ въ одномъ мѣстѣ какъ вѣра „въ разумно-этическую основу міра, въ Провидѣніе, управляющее его судьбами“ и какъ убѣжденіе, „что нынѣшняя земная жизнь человѣка есть лишь звено въ безконечномъ развитіи его безсмертнаго духа“ (§ 22, с. 17).

Подобно общей философіи философія права задается не только тѣмъ, чтобы „познать глубочайшую сущность“ права, но и тѣмъ, чтобы „дать оцѣнку явленіямъ правовой жизни съ точки зрѣнія высшихъ разумно-этическихъ началъ“ (§ 10, с. 7; срвн. § 35, с. 26—27), и указать идеалы для развитія права (§ 41, с. 31). Въ связи со второй задачей философіи права авторъ отрицаетъ существованіе политики права, какъ особой научной дисциплины (§ 44). Политика права, по мнѣнію автора, не наука, а „одинъ изъ приемовъ обработки содержанія науки (т. наз. политическій методъ)“ (с. 34). Особенно ополчается авторъ противъ „смѣшенія философіи права съ проектируемой фантастической наукой политики права“ (с. 34). „По самому существу своему философія права не можетъ“, рѣшительно заявляетъ авторъ, „заниматься изученіемъ такого множества текущихъ измѣнчивыхъ предметовъ, какъ всевозможныя „конкретныя среды“, гдѣ должны быть реализованы тѣ или другіе принципы. Это дѣло специальныхъ наукъ“ (с. 34).

Такого рода отрицаніе политики права врядъ ли можетъ быть признано правильнымъ. Исторія, догматика и политика права представляютъ собою три основныхъ вида научнаго правовѣдѣнія, которыхъ никакъ нельзя игнорировать. Прогрессъ научной юриспруденціи заключается въ дифференци-

рованіи этихъ трехъ ея видовъ въ особыя научныя дисциплины. Обособленіе политики права вполне совмѣстимо и съ воззрѣніями нашего автора. Если философія права даетъ абсолютныя критеріи и указываетъ идеалы права (§ 41, с. 31), то отчего не быть политикѣ права, задача которой заключается въ приспособленіи идеала къ конкретнымъ условіямъ среды, времени и мѣста? Ничего недопустимаго тутъ нѣтъ, и въ дальнѣйшемъ изложеніи авторъ самъ становится на только что выставленную нами точку зрѣнія. Приведемъ мнѣніе Бергбома о томъ, что необходимыми улучшениями права должна заниматься политика права, а не философія права, авторъ говоритъ: „Противъ послѣдняго положенія ничего нельзя возразить, но надо помнить, что безъ руководящихъ началъ философіи права политика будетъ бродить въ потемкахъ“ (§ 247, с. 192, прим. 2-ое). Въ другомъ мѣстѣ авторъ уже отъ себя выводитъ изъ „чисто-теоретическаго положенія“ философіи права руководящій принципъ „разумно-понятой политики“ (§ 471, с. 409).

II.

Часть I (с. 37—239) посвящена „общему ученію о правѣ“ и имѣетъ своимъ предметомъ, какъ гласитъ отпечатанный курсивомъ подзаголовокъ (Оглавленіе, с. II), — „идею права и ея реализацію“. Раздѣлена I часть на шесть главъ, изъ которыхъ первая содержитъ „ученіе о юридическихъ нормахъ“, вторая посвящена „внѣшней сторонѣ юридическихъ нормъ“, третья — ихъ внутренней сторонѣ, четвертая разсматриваетъ „право и нравственность“, пятая изслѣдуетъ „проблему естественнаго права“ и шестая „происхожденіе и развитіе права“.

1. Въ „ученіи о юридическихъ нормахъ“ (гл. I, с. 37—49) авторъ развиваетъ положеніе о тождествѣ социальныхъ нормъ съ естественно-научными законами. Достигается такое отождествленіе путемъ привнесенія въ понятіе закона природы момента цѣли. Включивъ послѣдній моментъ, авторъ даетъ слѣдующее опредѣленіе родового понятія нормы, или закона (что для него одно и то же): „Норма есть правило, по которому что либо необходимо происходитъ согласно идеѣ, лежащей въ основѣ происходящаго“ (§ 49, с. 39; срвн. § 54, с. 43; § 55, с. 44).

Мы не станемъ входить въ принципиальное обсужденіе

вопроса о томъ, насколько примѣнимо къ изученію природы и установленію ея законовъ начало телеологическое, такъ какъ авторъ не даетъ матеріала для такой дискусіи. Телеологическая концепція законовъ природы представляется ему почему то безспорной. „О законахъ физическихъ, химическихъ, геологическихъ и т. п. словомъ о законахъ природы въ тѣсномъ смыслѣ слова нечего и говорить: для каждого очевидно“, увѣряетъ авторъ, „что всѣ эти виды законовъ вполне подходятъ подъ наше опредѣленіе нормы вообще“ (§ 55, с. 43—44). Произвольно возведя положеніе, въ высшей степени спорное и потому требующее особой аргументаціи, на степень аподиктического, авторъ затѣмъ находитъ нужнымъ особо доказывать примѣнимость установленнаго имъ родового понятія нормы къ нормамъ этическимъ (§ 55, с. 44—45), что конечно никакой аргументаціи не требовало.

Настаивая на родовомъ единствѣ законовъ природы и этическихъ нормъ, авторъ въ тоже время признаетъ, „что вопросъ о цѣнности явленій нисколько не зависитъ отъ того, нормальны ли онѣ (они?), или нѣтъ. Явленія нормальныя могутъ вызывать высокую этическую оцѣнку, но могутъ быть и сомнительными въ этическомъ смыслѣ. И наоборотъ — явленія ненормальныя могутъ имѣть огромную этическую цѣнность (напр. мученичество, жертвованіе жизнью ради великой идеи вопреки нормальному инстинкту самосохраненія, нормальной любви къ близкимъ и т. п.)“ (§ 53, с. 43). Казалось бы, что такое признаніе говоритъ въ пользу гетерогенности законовъ природы и этическихъ нормъ. Но авторъ думаетъ иначе и по причинѣ, не указанной и совершенно для насъ непонятной, видитъ въ такомъ признаніи особенно сильное доказательство своего основного положенія о родовомъ единствѣ законовъ природы и этическихъ нормъ (см. § 53 *passim*).

Отложивъ въ сторону только что отмѣченное противорѣчіе, не будемъ оспаривать указанной выше аподиктичности увѣреній автора и станемъ конгеніально на его же точку зрѣнія. Тогда все же придется признать, что для философіи права недостаточно одно лишь установленіе родового понятія нормы. Центръ тяжести вопроса для философа-юриста лежитъ въ классификаціи нормъ и въ точномъ выясненіи видовыхъ особенностей нормы этической, разнообразностью ко-

торой являются нормы юридическія. На этотъ центральный для юриста вопросъ мы къ сожалѣнію не находимъ отвѣта. „Всѣ нормы (законы) во всѣхъ областяхъ міровой жизни объединяются“, говоритъ авторъ, „въ общемъ, родовомъ понятіи нормы вообще. Это родовое понятіе раздѣляется на много видовъ, сообразно различнымъ проявленіямъ міровой жизни. Здѣсь не мѣсто входить въ разсмотрѣніе вопроса о классификаціи нормъ и объ отношеніи различныхъ видовъ закономѣрности другъ къ другу (иначе: о сведеніи видовъ нормъ (законовъ) къ возможно меньшему числу). Но уже изъ нашего опредѣленія родового понятія нормы слѣдуетъ, что наивысшими обобщеніями являются законы логики, законы разума; къ нимъ въ концѣ концовъ сводятся всѣ законы природы, такъ какъ вся міровая жизнь проникнута Верховнымъ Разумомъ“ (§ 59, с. 47—48). И затѣмъ далѣе читаемъ: „Итакъ общее родовое понятіе нормы раздѣляется на виды. Однимъ изъ видовъ являются нормы этическія въ широкомъ смыслѣ слова. Эти нормы въ свою очередь дѣлятся на подвиды, однимъ изъ которыхъ являются нормы юридическія“ (§ 61, с. 49). Вотъ и все. Ясно, что вопросъ о классификаціи нормъ обойденъ молчаніемъ и признанъ даже неумѣстнымъ, между тѣмъ какъ для философіи права онъ представляетъ первостепенную важность.

Не будемъ спорить съ авторомъ и по этому пункту и останемся въ предѣлахъ конгеніальной критики. Согласимся съ авторомъ, что въ его „философіи права“ не мѣсто входить въ разсмотрѣніе вопроса о классификаціи нормъ, и что для нея достаточно одно лишь признаніе родового единства нормы. Спрашивается, какой же выводъ изъ этого основного положенія дѣлаетъ авторъ для философіи права. На этотъ вопросъ получаемъ слѣдующій отвѣтъ: „Для интересующей насъ области, т. е. для юридическихъ нормъ, все сказанное раньше имѣетъ чрезвычайно важное значеніе: разъ юридическая норма есть *подвидъ* общаго родового понятія нормы, она не можетъ быть принципиально отъ него различной. А слѣдовательно она *не должна* быть актомъ чистаго усмотрѣнія, каприза, произвола, а *должна* быть проявленіемъ разумной идеи, лежащей въ основаніи соотвѣтствующихъ социальныхъ отношеній“ (§ 59, с. 48). Не вдаваясь въ подробный анализъ дѣлаемаго авторомъ вывода, ограничимся

лишь тѣмъ, что мы подчеркнули въ немъ слово: *должна*. Этимъ, надѣмся, мы достаточно отмѣчаемъ внутреннее противорѣчіе автора, опредѣляющаго норму, какъ правило, по которому что либо *необходимо происходитъ* согласно идеѣ, лежащей въ основѣ происходящаго.

Надлежитъ къ тому же отмѣтить, что мысль о принципиальномъ тождествѣ законовъ природы и этическихъ нормъ не выдерживается авторомъ совершенно открыто. Въ одномъ мѣстѣ своего труда авторъ прямо говоритъ, что „законъ юридическій не тождественъ съ закономъ природы, а лишь аналогиченъ ему“ (§ 404, с. 339).

Только что указаннымъ не исчерпываются внутреннія противорѣчія автора, такъ какъ мы находимъ у него отождествленіе юридической нормы съ фактомъ, чего уже никакъ нельзя понять и объяснить. „Надо помнить“, говоритъ авторъ, „что вся совокупность юридическихъ нормъ представляетъ собою логически стройную систему. Эту систему можно изобразить въ видѣ пирамиды. Основаніемъ ея является огромная, на первый взглядъ хаотическая масса мелкихъ юридическихъ нормъ, сплошь и рядомъ обладающихъ въ высшей степени текучимъ, измѣнчивымъ характеромъ. Чѣмъ выше къ вершинѣ, тѣмъ количество нормъ уменьшается, нормы принимаютъ все болѣе и болѣе общій, устойчивый характеръ, переходятъ въ нѣсколько нормъ высшаго принципиальнаго порядка и завершаются, наконецъ, въ абсолютной идеѣ права. Такимъ образомъ то, что является нормой на первой ступени, есть лишь фактъ, матеріалъ для формулировки болѣе общихъ нормъ второй ступени и т. д.“ (§ 58, с. 47)¹⁾. Вѣроятно, въ связи съ пирамидой юридическихъ нормъ, опирающейся на основаніе измѣнчиваго и текучаго характера, стоитъ различаемый въ другомъ мѣстѣ особый разрядъ „юридическихъ нормъ въ настоящемъ, высокомъ смыслѣ этого слова“ (§ 109, с. 83). Но и отъ этого сопоставленія дѣло не выигрываетъ, и смѣшеніе нормы съ фактомъ такъ и остается безъ объясненія и оправданія.

2. Глава II открывается установленіемъ отличія этиче-

1) Приведенное мѣсто невольно напрашивается на сопоставленіе его съ ученіемъ автора о взаимоотношеніи сущности и явленія (см. у насъ выше стрн. 10, прим. 1-ое). Но это сопоставленіе мало помогаетъ дѣлу.

скихъ нормъ отъ остальныхъ. Казалось бы, что здѣсь то и будетъ итти рѣчь о классификаціи нормъ, для которой не оказалось мѣста въ предшествующей главѣ. На самомъ дѣлѣ ничего подобнаго нѣтъ. Авторъ, правда, указываетъ видовой признакъ этическихъ нормъ, полагая его въ томъ, что „этические нормы регулируютъ поведеніе человѣка, какъ свободнаго и разумнаго существа“ (§ 62, с. 50), но при этомъ не сопоставляетъ этой ихъ характерной черты съ видовымъ признакомъ законовъ природы, такъ что расчлененіе родового понятія нормы на виды все же остается безъ объясненія.

Все остальное содержаніе II главы посвящено выясненію „внѣшней стороны юридическихъ нормъ“. Исходной точкой для этого выясненія служитъ автору отграниченіе юридическихъ нормъ отъ остальныхъ видовъ этической нормы, каковыми авторъ считаетъ нормы нравственности (морали) и конвенціональныя нормы (нравы). Различіе между нравственными и юридическими нормами строится у автора по началу различія автономныхъ и гетерономныхъ этическихъ нормъ (§§ 65—66). Противоположеніе юридическихъ нормъ конвенціональнымъ проводится согласно извѣстному ученію Штаммлера (§ 69). Отграниченіе отъ нравственности и конвенціональныхъ нормъ приводитъ автора къ установленію слѣдующихъ двухъ формальныхъ признаковъ юридическихъ нормъ: 1) ихъ внѣшней обязательности, или санкціонированности ихъ внѣшнимъ авторитетомъ (§ 66), и 2) ихъ безусловно обязательнаго характера (§ 70). Во избѣжаніе смѣшенія санкціонированности юридическихъ нормъ съ произвольнымъ установленіемъ (§ 75), авторъ указываетъ, въ духѣ Іерингова ученія о двусторонней обязательности юридической нормы, на безусловную обязательность послѣдней для всѣхъ членовъ даннаго общегитія, въ томъ числѣ и для представителей, органовъ того внѣшняго авторитета, который ее санкціонировалъ (§ 76), и такимъ образомъ устанавливаетъ третій формальный внѣшній признакъ права. Четвертый признакъ извлекается изъ отношенія права къ принужденію при осуществленіи велѣній юридическихъ нормъ. Авторъ удачно разбирается въ существующей по этому предмету контрверзѣ (§§ 77—82) и даетъ правильное, думается намъ, рѣшеніе вопроса, когда указываетъ на тенденцію юридическихъ нормъ

быть гарантированными помощью внѣшнихъ принудительныхъ мѣръ (§ 83, с. 65).

Вообще вся II глава представляется интересной и поучительной: главное, — она чужда той неопредѣленности, туманности и скачковъ мысли, которыми страдаютъ предисловіе и I глава. Жаль только, что въ дальнѣйшемъ изложеніи авторъ не всегда послѣдовательно выдерживаетъ тѣ точки зрѣнія, которыя устанавливаетъ въ разбираемой II главѣ. Мы имѣемъ въ виду отношеніе автора къ извѣстной (Бирлинговой) теоріи признанія. Во II главѣ авторъ рѣшительно отвергаетъ эту теорію, „такъ какъ она приведетъ къ отождествленію юридическихъ и конвенціональныхъ нормъ“ (§ 75, с. 60). Въ дальнѣйшемъ же мы наталкиваемся на не менѣе рѣшительное утвержденіе автора, что „вѣдь въ концѣ концовъ дѣйствіе права основано на признаніи огромнаго большинства членовъ даннаго общежитія“ (§ 272, с. 217), и такое утвержденіе встрѣчается дважды (см. § 108, с. 83).

3. Третья глава, какъ указано выше, посвящена изученію внутренней стороны юридическихъ нормъ, подъ каковой авторъ разумѣетъ самое содержаніе послѣднихъ (см. § 95, с. 75). Въ этой болѣе обширной сравнительно съ другими главѣ излагаются различныя и разнородныя теоріи, относящіяся, какъ увидимъ, не только къ содержанію, но и къ способу изученія права. Глава распадается на слѣдующіе отдѣлы: 1) „Право и сила“ (с. 78—86), 2) „Право и интересъ“ (86—100), 3) „Право и экономическая жизнь“ (*„Экономическій матеріализмъ“*) (с. 100—109), 4) „Психологическая теорія права“ (109—121) и 5) „Теорія свободы“ (121—142).

Всѣ названныя теоріи излагаются не съ освѣдомительной, но съ критической цѣлью, для того чтобы критически обосновать то ученіе о содержаніи права, которое единственно соотвѣтствуетъ идеалистической концепціи автора. Каково это ученіе, объ этомъ авторъ проговаривается уже при критическомъ обзорѣ теоріи интереса. „Ясное дѣло“, говоритъ авторъ, „что содержаніемъ домового права¹⁾ является не интересъ, а свобода, т. е. какъ разъ то, что признаетъ содержаніемъ права идеалистическое направленіе нашей

1) Подъ „домовымъ правомъ“ авторъ разумѣетъ право на неприкосновенность частнаго жилища.

науки“ (§ 118, с. 88). Съ точки зрѣнія идеалистической этики и теоріи свободы въ правѣ критикуетъ авторъ утилитаристическую мораль и основанныя на ней теоріи силы и интереса въ правѣ; хотя теорія экономическаго матеріализма разбирается отдѣльно, но съ точки зрѣнія принципиальной оцѣнки она разсматривается авторомъ какъ разновидность теоріи интереса (§ 132, с. 100).

Въ критикѣ утилитаризма авторъ пользуется доводами Б. Н. Чичерина и Вл. Соловьева, причемъ развиваетъ ихъ основныя положенія и дополняетъ болѣе подробными выводами и частными доказательствами. Въ своихъ критическихъ построеніяхъ авторъ иногда приписываетъ своимъ противникамъ то, чего они не утверждали, и по временамъ впадаетъ въ игру словами. Такими погрѣшностями страдаетъ критика теоріи интереса. Такъ, авторъ приписываетъ теоріи интереса слѣдующій принципъ: „чей интересъ больше, тотъ имѣетъ больше права“ (§ 131, с. 99). Не станемъ говорить о томъ, что формулировки подобнаго принципа нѣтъ ни у Іеринга, ни у кого либо изъ его послѣдователей, заслуживающихъ научнаго вниманія. Ограничимся лишь указаніемъ, что выставленный авторомъ отъ имени теоріи интереса принципъ противорѣчитъ тѣмъ положеніямъ, которыми характеризуетъ теорію интереса самъ авторъ. Положенія эти гласятъ: „Сущность права есть интересъ; опредѣленный интересъ въ виду его особой важности возводится государствомъ на степень права (§ 117, с. 87—88). Личность имѣетъ только такія права и постольку, какія и поскольку находитъ цѣлесообразнымъ дать ихъ (ей?) обществу, государство“ (§ 161, с. 123). Отлично зная, что Іерингъ относитъ къ содержанію права только признанный государствомъ интересъ, авторъ на мѣсто охраняемаго правомъ интереса ставитъ интересъ фактической и, играя такимъ образомъ словами, дѣлаетъ слѣдующій выводъ: „Для (реалистическихъ) теорій представляется явной нелѣпостью такое положеніе, при которомъ *интересы* всего государства должны отступить передъ *правомъ* одного человѣка“ (§ 161, с. 123). Произвольность сужденія автора обнаружится съ достаточной наглядностью, если вспомнить, что Іерингъ признавалъ двустороннюю (и для подданныхъ, и для государства) обязательность юридической нормы и вообще развивалъ ученіе о самоограниченіи государственной власти правомъ.

Въ критикѣ авторъ желаетъ слѣдовать мудрому правилу Лейбница, согласно которому всѣ теоріи вѣрны въ томъ, что онѣ утверждаютъ, и невѣрны въ томъ, что отрицаютъ (§ 110, с. 83). Въ соотвѣтствіи съ этимъ авторъ не ограничивается опроверженіемъ отрицательныхъ сторонъ разбираемыхъ имъ теорій, но ищетъ въ нихъ положительныхъ утверждений, пріемлемыхъ для науки. Для характеристики автора интересно отмѣтить, что именно онъ пріемлетъ изъ отвергаемыхъ имъ теорій. Въ качествѣ „вѣрныхъ сторонъ“ (§ 110, с. 83) теоріи силы въ правѣ авторъ указываетъ: подмѣченную этой теоріей „нормативную тенденцію фактического“ (§§ 110—111, с. 83—84) и необходимое служебное значеніе силы для развитія и осуществленія права (§§ 112—113, с. 85—86). „Что же касается цѣнныхъ сторонъ теоріи интереса, то онѣ заключаются“, по мнѣнію автора, „въ указаніи на крайне сложную область конкретной жизни съ ея безчисленными, разнородными и разнохарактерными интересами, *влияющими на появленіе юридическимъ нормъ*“¹⁾ (§ 131, с. 99). Цѣнные стороны, даже „часть истины“ заключаетъ въ себѣ, по мнѣнію автора, и экономическій матеріализмъ. „Когда онъ подчеркиваетъ важность экономического начала въ исторіи, въ правѣ, онъ утверждаетъ истину; но когда онъ отрицаетъ самостоятельность другихъ фактовъ, онъ сугубо неправъ“ (§ 145, с. 108).... Экономическій матеріализмъ правъ еще

1) Въ ученіи о субъективной сторонѣ права авторъ далѣе указываетъ, что „теорія интереса вѣрна, поскольку субъективное право является средствомъ для осуществленія опредѣленнаго интереса. А такъ какъ въ большинствѣ случаевъ цѣлью права является тотъ или другой интересъ, то отсюда ясна важность этого признака въ понятіи субъективнаго права: безъ него большинство субъективныхъ правъ оказались бы тождественными по содержанію. Нельзя только... отождествлять право съ интересомъ“ (§ 507, с. 443 текстъ и подстр. прим.)... Бываютъ случаи, когда (внѣшняя свобода) разсматривается, какъ самоцѣль, независимо отъ какого бы то ни было интереса (напр. право личной свободы) (§ 507, с. 442)“. — Въ цитированномъ мѣстѣ насъ поражаетъ неумѣніе автора свести „вѣрныя стороны“ теоріи интереса и „истинную“ теорію свободы къ какому либо высшему синтезу. До крайности странно, что „часть истины“, содержащаяся въ теоріи интереса, даетъ объясненіе большинству случаевъ, а истинная теорія надобна лишь для объясненія меньшинства случаевъ. Очень жаль, что авторъ проглядѣлъ имѣющееся у Іеринга опредѣленіе свободы въ правѣ, какъ выбора формы пользованія благомъ (см. *R. v. Ihering, Geist d. röm. Rechts, III Theil, 1. Abth., 4-e Aufl., Lpzg., 1888, S. 349*).

и въ другомъ отношеніи. Несомнѣнно, что экономическія потребности, заботы о добываніи средствъ къ жизни, носятъ особый, преобладающій характеръ... Невозможно жить человеческой жизнью тому, кто вынужденъ работать физически въ ужасной обстановкѣ болѣе двѣнадцати часовъ въ сутки¹⁾, чтобы не умереть съ голоду. Такой человекъ въ концѣ концовъ потеряетъ обликъ человеческій... Задача права состоитъ между прочимъ въ томъ, чтобы и съ своей стороны воздѣйствовать на эту сторону жизни, чтобы парализовать вредныя стороны естественнаго неравенства людей, чтобы дать *возможность* каждому истинно-человѣческому существованію, чтобы очеловѣчить общежитіе и *не позволить изъ чловѣка дѣлать простое орудіе экономическихъ интересовъ*“ (§ 146, с. 109). Вполнѣ опредѣленно и примѣнимо для научныхъ цѣлей то, что воспринято авторомъ изъ теоріи силы. Выводъ, извлеченный авторомъ изъ теоріи интереса, отличается крайней туманностью и расплывчатостью. Экономическій матеріализмъ настраиваетъ автора на морализующій тонъ; въ оцѣнкѣ же его научнаго значенія авторъ не идетъ далѣе общихъ фразъ и даже не поднимаетъ вопроса о значеніи экономического матеріализма въ качествѣ рабочей гипотезы общественныхъ наукъ и, слѣдовательно, науки о правѣ.

Въ изложеніи признанной „идеалистическимъ направлениемъ“ теоріи свободы авторъ развиваетъ ученіе о внѣшней свободѣ въ правѣ, какъ оно было создано Кантомъ и воспринято представителями абсолютнаго идеализма, въ частности Б. Н. Чичеринымъ. Ученіе о свободѣ, какъ содержаніи права, авторъ обосновываетъ на метафизической природѣ человеческой личности и вытекающей изъ нея свободѣ воли (§ 165, с. 126—127). Въ отличіе отъ „безгранично почитаемаго учителя“, который довольствовался философскимъ обоснованіемъ абсолютной цѣнности человеческой личности и ограничивался лишь ссылкой на параллельное признаніе того же принципа въ религіи²⁾, нашъ авторъ въ духѣ „*рели-*

1) Почему именно двѣнадцатичасовой рабочей день совмѣстимъ въ качествѣ нормальнаго съ „религіозно-метафизическими основами защищаемаго (авторомъ) міровоззрѣнія“, этого авторъ нигдѣ не поясняетъ.

2) „На религіозномъ языкѣ это выражается“, говоритъ Б. Н. Чичеринъ, „изреченіемъ, что человекъ созданъ по образу и подобию Божьему“, — *Философія права*, Москва, 1900 г., с. 55.

гнозисно-метафизическихъ основъ защищаемаго (имъ) міровоззрѣнія“ называетъ метафизическую основу личности „искрой Божьей“ (§ 164, с. 126; § 176, с. 134) и въ конечномъ итогѣ основываетъ философію на религіи. Въ данномъ случаѣ авторъ слѣдуетъ Вл. Соловьеву и среди юристовъ имѣетъ своимъ предшественникомъ кн. Ев. Трубецкого¹⁾.

Апологию теоріи свободы въ правѣ авторъ завершаетъ „гипотетическимъ рѣзкимъ примѣромъ“, который, по его мнѣнію, долженъ „наглядно показать все принципиальное различіе между идеалистической теоріей права и противоположными теоріями („материалистическія“²⁾)“ (§ 187, с. 141). Этотъ авторскій примѣръ дѣйствительно настолько рѣзокъ и поразителенъ, что мы выписываемъ его полностью, не смотря на длинноты въ изложеніи.

„Умираетъ“, фантазируетъ нашъ авторъ, „милліардеръ, у котораго сынъ, единственный наслѣдникъ, давнымъ давно безъ вѣсти пропалъ. Въ виду возможной смерти сына милліардеръ составилъ духовное завѣщаніе, по которому все свое колоссальное состояніе передалъ цѣлому ряду общепользныхъ культурныхъ учреждений: нѣсколькимъ университетамъ, музеямъ, библіотекамъ, театрамъ, благотворительнымъ обществамъ, консерваторіямъ и т. д. Душесприказчики, получивъ свѣдѣнія о смерти сына, привели въ исполненіе волю завѣщателя, и всѣ указанная учрежденія сдѣлались обладателями крупныхъ суммъ. Между-тѣмъ оказывается, что сынъ милліардера живъ и уже много лѣтъ какъ окончательно превратился въ босяка, въ „бывшаго человѣка“. Ловкій дѣлецъ узналъ обо всемъ, и вотъ нашъ босякъ предъявляетъ до истеченія срока давности въ судъ иски ко всѣмъ учрежденіямъ, незаконно пользующимся наслѣдствомъ милліардера. Здѣсь на одной чашѣ вѣсовъ Фемиды находятся весьма важные культурно-общественные интересы, а на другой — право босяка, который изъ своихъ денегъ сдѣлаетъ самое невыгодное для общества употребленіе. Съ точки зрѣнія „реалистическихъ теорій“ судъ долженъ въ искѣ отказать, между тѣмъ съ точки зрѣнія идеалистической теоріи вѣсы Фемиды

1) Кн. Ев. Трубецкой, Свобода и безсмертіе, *Вопр. фил. и псих.*, кн. 84, 1906 г. См. с. 377: „Свобода подобаетъ человѣку, какъ сосуду Безусловнаго“.

2) Такъ и напечатано: „материалистическія“ безъ согласованія въ падежѣ.

склоняются въ сторону босяка. Очевидно, этимъ наносится самый существенный вредъ общественнымъ интересамъ, но зато непоколебимо стоитъ идеальный принципъ, а именно: уваженіе къ личности и ненарушимость ея права въ связи съ ненарушимостью права вообще. — А такъ какъ суды всѣхъ культурныхъ государствъ рѣшили бы нашъ случай въ пользу босяка, то отсюда ясно, что положительное право, на которое такъ любятъ ссылаться юристы-позитивисты, есть реализація тѣхъ началъ, которыя лежатъ въ основѣ *идеалистической* теоріи, и что, стало быть, „реалистическія“ теоріи не соотвѣтствуютъ реальной жизни“ (§ 187, с. 141—142).

Мы отдаемъ должное литературнымъ красотамъ авторскаго вымысла: въ немъ есть и мифологическій образъ Фемиды, и мѣткое словечко Горькаго, — „бывшіе люди“; для большей сочности языка недостаетъ лишь „живого трупа“, какъ легко можно было окрестить единственнаго сына, давнымъ давно безъ вѣсти пропавшаго и вдругъ объявившагося по наущенію ловкаго дѣльца. Какъ бы впрочемъ ни судить о приведенномъ примѣрѣ съ художественной точки зрѣнія, несомнѣнно одно, что въ научномъ отношеніи онъ заслуживаетъ оцѣнки отрицательной. Авторъ приписываетъ реалистическимъ теоріямъ, говоря точнѣе, теоріи интереса, которую имѣетъ въ виду приведенный примѣръ, мысль, которая никѣмъ изъ представителей теоріи не высказывалась, именно, мысль о желательности и справедливости предпочтенія фактическаго интереса субъективному праву¹⁾. Съ точки зрѣнія теоріи интереса подъ правомъ разумѣется не всякій интересъ, а лишь интересъ, признанный государственной властью и обеспеченный организованною, respective судебною защитой. Вопросъ о томъ, какой интересъ достоинъ такого признанія и охраны, рѣшается во всякомъ случаѣ абстрактной нормой, а не конкретнымъ постановленіемъ суда. Слѣдовательно, никакого колебанія вѣсовъ Фемиды въ приведенномъ примѣрѣ быть не могло, и данный казусъ разрѣшается и положительнымъ правомъ, и теоріей, какъ идеалистической, такъ и реалистической, одинаково, — примѣнительно къ тому, какъ и поскольку обеспечены положительнымъ правомъ интересы наслѣдниковъ, а не въ зависимости отъ культурной и мораль-

1) См. у насъ выше стр. 19.

ной оцѣнки фактическихъ интересовъ того или другого законнаго наслѣдника.

4. Разбирая главу III-ью о „внутренней сторонѣ юридическихъ нормъ“ и въ сущности исчерпавъ все ея основное содержаніе, мы до сихъ поръ не обмолвились ни однимъ словомъ о четвертомъ ея отдѣлѣ, посвященномъ психологической теоріи права. Спѣшимъ заявить, что такое умолчаніе объясняется не недосмотромъ, а тѣмъ обстоятельствомъ, что отдѣлъ этотъ стоитъ совсѣмъ не на мѣстѣ, и для выясненія содержанія права онъ автору совершенно не нуженъ.

Психологическая теорія права относится къ гносеологіи и методологіи юридической науки, и отнюдь не представляетъ собою разновидности ученія о содержаніи права. О ней слѣдовало упомянуть раньше, — во введеніи, гдѣ рѣчь шла о задачахъ и методахъ науки. Но разъ авторъ вопреки естественному порядку говорить о ней здѣсь, то и намъ приходится остановиться на его отношеніи къ психологической теоріи на этомъ мѣстѣ.

Къ психологической теоріи права авторъ относится отрицательно, считая ее недостаточной для изученія права, и опирается на доводы, которые выставлялись въ свое время противъ Л. И. Петражицкаго, Б. Н. Чичеринымъ и В. М. Хвостовымъ. Вполнѣ раздѣляя мысль, что психологическое изученіе индивидуальныхъ правовыхъ переживаній не исчерпываетъ научнаго заданія правовѣдѣнія, мы признаемъ отношеніе автора къ теоріи Л. И. Петражицкаго въ принципѣ правильнымъ. Нельзя только не пожалѣть о томъ, что авторъ не учелъ извѣстной статьи Б. А. Кистяковского: „Реальность объективнаго права“ (Логосъ, Москва, 1910 г., кн. II), являющейся лучшимъ въ нашей литературѣ критическимъ этюдомъ о психологической теоріи права.

Авторъ не только оцѣниваетъ психологическую теорію права съ гносеологической и методологической точки зрѣнія, но и разбираетъ данное Л. И. Петражицкимъ опредѣленіе права. Это опредѣленіе согласно принятому у автора дѣленію относится не къ внутренней, а къ внѣшней сторонѣ права, и потому должно бы было разсматриваться не въ III-ей, а во II-ой главѣ.

Самое опредѣленіе права, данное Л. И. Петражицкимъ, авторъ отвергаетъ, но дѣлаетъ это какъ-то нерѣшительно. „Проф. Петражицкій“, говоритъ авторъ, „видитъ отличіе права

отъ нравственности въ томъ, что въ области нравственной мы свободны исполнить или нѣтъ наши обязанности, такъ какъ онѣ не закрѣплены за другими, между тѣмъ какъ въ области права какъ разъ наоборотъ. *Это и вѣрно, и невѣрно*¹⁾. Если сказать, что нравственная обязанность не связываетъ меня, что я свободенъ ее не исполнить, что другому ничего „не причитается“ отъ меня, — это будетъ невѣрно. Разъ существуетъ обязанность по отношенію къ кому либо, то и я самъ, и тотъ другой, отлично сознаемъ, что обязанность *должна* быть исполнена, что она меня связываетъ“ (§ 155, с. 117). Такъ разсуждаетъ авторъ въ III главѣ. Тожественный вопросъ приходилось рѣшать во II главѣ, и тамъ авторъ разсуждалъ иначе. Въ началѣ II главы, имѣя въ виду наглядно показать отличительные признаки нормъ юридическихъ, конвенціональных и нравственныхъ, авторъ приводилъ соотвѣтственные примѣры и въ видѣ образца нравственной нормы далъ слѣдующій примѣръ: „ты долженъ отсрочить уплату квартирныхъ денегъ твоему жильцу, оставшемуся въ силу несчастнаго стеченія обстоятельствъ безъ всякихъ средствъ къ жизни съ большою семьей“ (§ 64, с. 51). По поводу этого примѣра авторъ разсуждалъ тогда такъ: „Можемъ ли мы сказать, что дѣйствительно бѣднякъ-квартирантъ имѣетъ право на отсрочку со стороны домохозяина, что онъ можетъ требовать отсрочки, а хозяинъ *обязанъ* исполнить это требованіе? . . . Довольно такъ поставить вопросъ, чтобы каждый отвѣтилъ на него отрицательно“ (§ 65, с. 51). Сопоставляя только что сказанное съ тѣмъ, что привели мы выше изъ главы III-ей, мы должны согласиться съ авторомъ, что дѣйствительно въ его глазахъ опредѣленіе Л. И. Петражицкаго и вѣрно, и не вѣрно. Впрочемъ наше согласіе съ авторомъ требуетъ оговорки, такъ какъ еще въ одномъ мѣстѣ „Очерковъ“ встрѣчается полное, безъ колебаній, признаніе императивно-аттритивнаго характера юридическихъ нормъ. „Психологическая теорія совершенно вѣрно подмѣтила“, говоритъ авторъ, „специфическую разницу переживаній правовыхъ и нравственныхъ, указывая, что въ первыхъ имѣется элементъ *безусловной* связанности: я *требую*, чтобы мнѣ дали *мое*, то, что мнѣ причитается“ (§ 209, с. 161).

1) Курсивъ нашъ.

5. Только что разобранный нами III глава находится въ самой тѣсной связи со II-ой, такъ какъ онѣ обѣ посвящены одной темѣ, — установленію понятія права. Въ виду этого считаемъ умѣстнымъ теперь окинуть обѣ главы общимъ ретроспективнымъ взглядомъ и оцѣнить, насколько пригодно построение этихъ главъ для рѣшенія поставленной имъ задачи.

Нельзя признать удачнымъ основное раздѣленіе вопроса на ученіе о внѣшней и внутренней сторонѣ, или о формѣ и о содержаніи права. Противъ такого дѣленія говорить прежде всего высказываемое самимъ авторомъ и вполне правильное, думается намъ, сужденіе, что право вообще есть начало формальное въ общественной жизни (§ 181, с. 137—138). Далѣе, отнесеніе того или другого признака къ внѣшней или внутренней сторонѣ права нерѣдко не можетъ быть надлежащимъ образомъ мотивировано. Поэтому у самого автора замѣчаются въ этомъ отношеніи извѣстныя колебанія, что приводитъ къ ненужнымъ повтореніямъ въ изложеніи. Такъ, вопросъ о принужденіи въ правѣ приходится автору обсуждать и во I-ой, и въ III-ей главѣ (см. § 86, с. 67 и § 113, с. 85—86). Да и вообще теорія силы могла бы фигурировать въ ученіи о внѣшней сторонѣ права съ такимъ же основаніемъ, какъ и въ ученіи о внутренней, и въ первомъ была бы даже болѣе на своемъ мѣстѣ, чѣмъ во второмъ. Определеніе права, данное Л. И. Петражицкимъ, отнесено къ ученію о внутренней сторонѣ права, тогда какъ оно выдвигаетъ такія свойства юридической нормы, которыя самъ авторъ относитъ къ внѣшней сторонѣ права (сравн. § 155, с. 117 и § 65, с. 51).

Авторъ не доволенъ односторонней постановкой вопроса о сущности права въ наличныхъ теоріяхъ и сначала говоритъ о возможности высшаго синтеза различныхъ, казалось бы исключających другъ друга воззрѣній на право (§ 2, с. 2, подстр. прим.), а затѣмъ полагаетъ въ осуществленіи этой возможности основную задачу философіи права, такъ что даже опредѣляетъ послѣднюю какъ „синтезъ всѣхъ существующихъ направленій нашей науки“ (§ 45, с. 35). Въ этомъ отношеніи авторъ имѣетъ не указываемаго имъ самимъ, но все же несомнѣннаго предшественника въ лицѣ А. С. Яценки, который еще за два года до появленія въ свѣтъ „Очерковъ“ И. В. Михайловскаго выступилъ съ новой, какъ это ему самому кажется, мыслью о необходимости синтетической точки зрѣнія

въ юридическихъ теоріяхъ¹⁾. Подобно А. С. Яценкѣ авторъ понимаетъ синтетическую задачу механически, внѣшнимъ образомъ, въ результатъ чего получается воззрѣніе не столько синтетическое, сколько синдетическое²⁾. А. С. Яценко сваливаетъ въ одну кучу всѣ наиболѣе распространенныя опредѣленія и такимъ образомъ слагаетъ свое „синтетическое“ понятіе права, не задаваясь вопросомъ объ обоснованіи его по существу и надѣясь лишь на то, что во всякомъ опредѣленіи что либо вѣрное непременно ужъ подмѣчено, слѣдовательно, въ суммѣ не можетъ быть никакихъ пропусковъ. И. В. Михайловскій дѣйствуетъ по тому же синдетическому рецепту, хотя и нѣсколько иначе. Онъ не отказывается отъ того, что его предшественникъ называлъ „искусственнымъ, хотя и удобнымъ монизмомъ“³⁾, и сводитъ все содержаніе права къ одному лишь „опредѣленію свободы“, но затѣмъ приклеиваетъ къ этому „цѣнныя стороны“ изъ другихъ теорій и такимъ образомъ поднимается въ своихъ собственныхъ глазахъ на „синтетическую“ точку зрѣнія. Какія именно „цѣнныя стороны“ извлекаетъ авторъ изъ другихъ теорій, это отмѣчено уже нами выше⁴⁾. Всѣ эти „цѣнныя стороны“ только внѣшне пристегнуты къ ученію автора о содержаніи юридическихъ нормъ, но внутренне отнюдь не связаны съ исключительно имъ отстаиваемой теоріей свободы. Не только высшаго, но и вообще никакого синтеза различныхъ воззрѣній на право при этомъ не получилось.

Для синтетическаго построенія теоріи права слѣдовало бы отправляться не отъ мнимаго различія внѣшней и внутренней стороны юридическихъ нормъ, а отъ различныхъ моментовъ въ построеніи социальной нормы, каковы: мотивационное дѣйствіе нормы на волю индивида, основаніе обязательности нормы, способъ осуществленія ея велѣній, цѣль нормы. Въ соотвѣтствіи съ этими моментами надлежало бы установить различные признаки юридическихъ нормъ и затѣмъ сочетать ихъ въ общемъ синтетическомъ понятіи права.

1) А. С. Яценко, Синтетическая точка зрѣнія въ юридическихъ теоріяхъ, *Журн. Мин. Юст.*, 1912 г., январь, и отд. изд. 1912 г.

2) „Синдетическій“ (*συνδεδειγμένος*) производится отъ *συνδέω*, въ то время какъ синтетическій производится отъ *συντίθημι*.

3) А. С. Яценко, указ. соч., отд. изд., с. 6.

4) См. у насъ выше стр. 20—21.

Идя по этому пути, можно было бы объединить многія разрозненные теоріи, довольствующіяся въ своемъ обособленіи развитіемъ лишь одного какого либо изъ признаковъ юридической нормы. Авторъ не сдѣлалъ всего этого и удовольствовался тѣмъ, что приставилъ къ отстаиваемой имъ теоріи свободы привѣски „цѣнныхъ сторонъ“ изъ другихъ теорій, не переработавъ ихъ и не сведя ихъ въ высшемъ синтезѣ, хотя именно послѣдній и обѣщавъ читателю на первыхъ же страницахъ „Очерковъ.“

Насколько вообще „синтезъ“ автора не объемлетъ изслѣдуемаго предмета видно хотя бы изъ того, что существенно важный для установленія понятія права вопросъ объ адресатѣ юридическихъ нормъ не нашелъ себѣ мѣста въ „общемъ ученіи о правѣ“ и пріютился гдѣ то на задворкахъ, — въ концѣ „предварительныхъ понятій“ теоріи положительнаго права (см. §§ 325—326, с. 265—268) и внѣ всякой связи съ ними.

6. Вопросъ о взаимоотношеніи права и нравственности, которому посвящена IV глава, рѣшается авторомъ на основаніи критеріевъ, извлекаемыхъ изъ отстаиваемой имъ теоріи свободы въ правѣ. Такими критеріями служатъ для автора : 1) противоположеніе внѣшней и внутренней свободы человека (§ 209, с. 161), 2) признаніе непримѣнимости принужденія къ сферѣ внутренней свободы (§ 197, с. 151—152; § 208, с. 159—160), и 3) либеральная доктрина о необходимости признанія „принципальныхъ границъ государственнаго вмѣшательства въ личную жизнь гражданъ“ (§ 189, с. 144; § 217, с. 168 подстр. прим.). На основаніи этихъ критеріевъ вопросъ о взаимоотношеніи права и нравственности излагается примѣнительно къ ученію Канта, Гегеля и особенно Чичерина (см. § 210, с. 162).

Вся глава не можетъ представлять собою и на самомъ дѣлѣ не представляетъ ничего существенно новаго, такъ какъ по самому свойству разсматриваемаго въ ней вопроса она является лишь выводомъ изъ основныхъ положеній о существѣ права, установленныхъ въ двухъ предшествующихъ главахъ. Поэтому нѣтъ надобности заниматься разборомъ настоящей главы по существу и въ цѣломъ. Ограничимся лишь двумя частными замѣчаніями.

Прежде всего мы должны отмѣтить одно существенное упущеніе въ главѣ о правѣ и нравственности. Мы имѣемъ

въ виду вопросъ о создаваемой неизбежнымъ формализмомъ юридическихъ нормъ возможности злоупотребленія правомъ (т. н. *aemulatio iuris*, *l'abus de droit*). Авторъ подходитъ къ этому вопросу, когда критикуетъ теорію этического минимума въ правѣ (§ 196, с. 150—151 и подстр. прим. на с. 151-ой), но удѣляетъ ему всего нѣсколько строкъ, не выясняетъ его сущности и, само собою разумѣется, не говоритъ о постановкѣ этого вопроса въ литературѣ и въ законодательствѣ. При болѣе тщательномъ и углубленномъ изученіи дѣла нельзя согласиться съ утвержденіемъ автора, что въ иныхъ случаяхъ „право помогаетъ совершать безнравственные поступки“ (с. 150—151 и подстр. прим. на стр. 151-ой). Слѣдовало сказать, что въ виду необходимаго и потому неизбежнаго формализма и типологическаго характера юридическихъ нормъ часто открывается возможность злоупотребленія правомъ, и при этомъ слѣдовало указать, что право и встарь, и нынѣ стремилось и стремится пресѣчь пути подобнаго злоупотребленія. Напомнимъ хотя бы старое правило: *malitiis non indulgendum*, и новое положеніе § 226 BGB (Герм. Гражд. Улож.): *Die Ausübung eines Rechts ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem Anderen Schaden zuzufügen*¹⁾.

Второе наше замѣчаніе по поводу разбираемой (IV) главы относится къ вопросу о существованіи въ правѣ нормъ нравственно безразличныхъ. Авторъ рѣшаетъ вопросъ въ утвердительномъ смыслѣ. Мы не станемъ оспаривать его рѣшенія, хотя и не согласны съ нимъ. Вопросъ объ *adiaphora* издавна занимаетъ богослововъ, моралистовъ, юристовъ, и раздѣляетъ ихъ на два противоположныхъ лагеря, причемъ каждый, зная доводы противника, все же остается при своемъ мнѣніи. Не входя въ глубь спорнаго вопроса, мы остановимся только на одномъ изъ примѣровъ, приведенныхъ у автора въ доказательство существованія юридическихъ нормъ нравственно безразличныхъ. Примѣръ, который мы имѣемъ въ виду, гласитъ: „Для полученія каѳедры въ университетѣ требуется выдержать магистерскій экзаменъ и имѣть ученую степень“ (§ 194, с. 148). Мы не находимъ этого примѣра

1) Сравн. аналогичное и даже болѣе категорическое постановленіе Швейцарскаго Гражд. Уложения: *Der offenbare Missbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz* (ZGB. 2 Abs., 2).

удачнымъ и вообще идущимъ къ дѣлу. Мало того, мы должны указать, что въ другомъ мѣстѣ требованіе ученаго ценза для занятія университетской кафедры признается авторомъ правильнымъ и, очевидно, не безразличнымъ въ нравственномъ отношеніи, такъ какъ авторъ тутъ же высказывается за повышение специальныхъ требованій образовательнаго ценза и видитъ въ такомъ повышеніи показатель высшей культуры государства (§ 545, с. 482)¹⁾.

7. Глава V (с. 170—220) посвящена „проблемѣ естественнаго права“, которую авторъ справедливо признаетъ „основной, центральной проблемой“ философіи права (§ 218, с. 170). Въ рѣшеніи этой проблемы авторъ проявилъ большую продуманность и строгую выдержанность основныхъ своихъ мыслей, такъ что вообще можно признать разсматриваемую главу лучшей частью „Очерковъ“.

Въ духѣ идеалистическаго воззрѣнія на право авторъ признаетъ существованіе права естественнаго и опредѣляетъ его, какъ „совокупность *наибольше общихъ* принциповъ, нормъ, непосредственно вытекающихъ изъ абсолютной идеи права и имѣющихъ характеръ вѣчности, неизмѣнности и *безусловной обязательности для всего времени и народовъ*“ (§ 265, с. 207). Обоснованіе естественнаго права авторъ находитъ въ религіозной идеѣ Абсолютнаго Разума и Добра (§ 255, с. 199—200; § 257, с. 201) и верховный критерій его полагаетъ въ „синтезѣ личной свободы и общаго блага“ (§ 260, с. 203—204; § 272, с. 217; сравн. § 185, с. 140—141 и § 312, с. 254).

Такъ понимаемое естественное право отправляетъ, по мнѣнію автора, двѣ функціи, — конститутивную и нормативную (§ 241, с. 186; § 262, с. 205; § 272, с. 216—217). Подъ первой авторъ разумѣетъ то, что естественноправовая идея лежитъ въ основѣ всякаго положительнаго права, и что, слѣдовательно, всякое положительное право есть ничто иное,

1) Автору не нравится только способъ пріобрѣтенія высшаго ученаго ценза у насъ. „Было бы лучше всего“, говоритъ онъ, „уничтожить совсѣмъ эту ученую „табелю о рангахъ“ и принять европейскій (въ особенности германскій) порядокъ, гораздо лучше обеспечивающій интересы науки, чѣмъ наши двойныя „казенныя“ работы и отжившіе свой вѣкъ публичные диспуты“ (с. 31, подстр. прим.). Но разъ наши ученые степени плохо обеспечиваютъ интересы науки, то тѣмъ менѣе позволительно признавать ихъ безразличными въ нравственномъ отношеніи.

какъ реализація права естественнаго въ условіяхъ времени, мѣста и конкретной соціальной среды. Вторую функцію авторъ понимаетъ въ томъ смыслѣ, что тѣ же самыя начала естественнаго права, возможное по условіямъ времени, мѣста и соціальной среды осуществленіе которыхъ создаетъ системы права положительнаго, въ своемъ чистомъ видѣ служатъ критеріемъ для оцѣнки положительнаго права.

Выставляя на первый планъ и подчеркивая конститутивную функцію естественнаго права, авторъ этимъ самымъ устраняетъ дуализмъ въ пониманіи права, противопоставляющій естественное право положительному и признающій параллельное ихъ существованіе. Устраненіе указаннаго дуализма производится авторомъ въ духѣ абсолютнаго идеализма Гегеля. Авторъ самъ указываетъ этотъ источникъ своихъ воззрѣній, причемъ называетъ Гегеля „вершиной европейской мысли“ и признаетъ неогегельянство тѣмъ направленіемъ философіи, которому предстоитъ будущее (§ 245, с. 189—190).

Кромѣ философіи Гегеля, съ которой связываетъ автора „безгранично почитаемый учитель“, — Б. Н. Чичеринъ, имѣется еще и другой, къ тому же болѣе близкій и болѣе непосредственный источникъ воззрѣнія автора на естественное право, покоящагося не только на метафизическихъ, но и на религіозно-метафизическихъ основахъ. Такимъ источникомъ является философія Вл. Соловьева. Хотя авторъ и не указываетъ этого своего источника, тѣмъ не менѣе не можетъ подлежать сомнѣнію, что ученіе автора объ естественномъ правѣ представляетъ собою только развитіе хорошо усвоенныхъ руководящихъ мыслей Вл. Соловьева по тому же вопросу¹⁾.

Не считая почему то нужнымъ упомянуть въ главѣ объ естественномъ правѣ Вл. Соловьева, авторъ зато удѣляетъ особенное вниманіе „теоріи проф. Яценко“ (см. Оглавленіе, с. VI²⁾) и выдвигаетъ ее какъ теорію близкую къ „защищаемой“ имъ самимъ (§ 270, с. 213—215). „Теорія проф. Яценко“

1) См. Критика отвлеченныхъ началъ, гл. XIX, Собр. сочин., изд. 1-ое, т. II, с. 148—149; Оправданіе добра, гл. XVII, отд. III, Собр. сочин., т. VII, с. 378—379.

2) Особенное вниманіе выразилось между прочимъ и въ томъ, что послѣ Гегеля „теорія проф. Яценко“ единственно удостоена чести быть названной въ оглавленіи (см. с. V—VI) по имени ея „творца“.

преподносится читателю внѣ всякой связи съ исторіей развитія воззрѣній на естественное право и съ положеніемъ проблемы въ современной наукѣ, — просто какъ „недавно высказанное мнѣніе“ (§ 270, с. 213). Читатель недоумѣваетъ, почему это наряду съ „неправильными мнѣніями въ современной наукѣ о сущности естественнаго права“ (см. Оглавленіе, с. VI) вдругъ оказалась „теорія“, близкая къ той, которую авторъ признаетъ правильной и самъ защищаетъ. Читатель можетъ, пожалуй, подумать, что этому нѣтъ иного объясненія кромѣ того, которое даетъ извѣстная французская поговорка: *les beaux esprits se rencontrent*. На самомъ дѣлѣ однако неожиданная близость объясняется до крайности просто, — единствомъ первоисточника, изъ котораго черпали и А. С. Ященко, и нашъ авторъ. При этомъ нельзя не отмѣтить, что А. С. Ященко прямо цитировалъ Вл. Соловьева, какъ лучшаго выразителя „единственно пріемлемаго смысла естественнаго права“¹⁾. Между „теоріей проф. Ященко“ и теоріей, „защищаемой“ нашимъ авторомъ, при всей ихъ близости, есть однако и существенное различіе, которое отмѣчается нашимъ авторомъ путемъ выдѣленія изъ „теоріи проф. Ященко“ положеній, которыя „возбуждаютъ большія сомнѣнія“ (§ 270, с. 214). Главнымъ среди этихъ положеній является утвержденіе А. С. Ященко, что естественнo-правовая идея отвлекается отъ положительнаго историческаго юридическаго матеріала. Достаточно вспомнить, что Вл. Соловьевъ опредѣлялъ естественное право какъ логическій *prins* права положительнаго, чтобы вмѣстѣ съ I. В. Михайловскимъ признать утвержденіе А. С. Ященко сомнительнымъ съ точки зрѣнія „единственно пріемлемаго смысла естественнаго права“, лучшимъ выразителемъ котораго былъ Вл. Соловьевъ. Заканчивая эпизодъ съ „теоріей проф. Ященко“, мы должны сказать, что преимущество правильнаго усвоенія и конгеніальнаго развитія ученія Вл. Соловьева объ естественномъ правѣ находится несомнѣнно на сторонѣ I. В. Михайловскаго.

Относясь въ общемъ отрицательно къ „колоссальной литературѣ на всѣхъ языкахъ“ объ естественномъ правѣ (§ 218, с. 170), авторъ дѣлаетъ исключеніе для извѣстнаго

труда Катрейна, особенно во второмъ его изданіи¹⁾, и ставитъ его на первое мѣсто среди работъ, „весьма близко подошедшихъ къ истинѣ“ (§ 218, с. 170). „Съ первымъ изданіемъ этой прекрасной книги я ознакомился“, говоритъ авторъ, „когда воззрѣніе на естественное право у меня сложилось окончательно и излагалось съ кафедры въ томъ видѣ, въ какомъ оно теперь предлагается читателю. Я былъ пріятно удивленъ совпаденіемъ многаго изъ защищаемой мною теоріи съ воззрѣніями Cathrein'a“ (с. 170, подстр. прим.). Принимая автобіографическое признаніе автора къ свѣдѣнію, мы оставляемъ данный вопросъ безъ дальнѣйшаго разсмотрѣнія.

При рѣшеніи проблемы естественнаго права авторъ уделяетъ много вниманія историческому ея обоснованію. На исторію опирается и отмѣченное выше устраненіе дуализма права естественнаго и положительнаго. Такой дуализмъ приписывается школѣ естественнаго права XVII—XVIII вѣковъ, и авторъ называетъ это господствующимъ мнѣніемъ (§ 229, с. 178). Авторъ считаетъ это мнѣніе неправильнымъ и показываетъ, что и видные представители естественноправовой школы XVII—XVIII вв. вполне отчетливо сознавали конститутивную функцію естественнаго права по отношенію къ праву положительному и, слѣдовательно, не знали дуализма двухъ системъ права; дуализмъ этотъ порожденъ вульгаризаціей естественноправовой идеи у второстепенныхъ послѣдователей школы въ XVIII столѣтіи (§§ 229—239, с. 178—185). Положеніе, занятое авторомъ по данному вопросу, представляется намъ правильнымъ, и доводы его — убѣдительными. Считаемъ нужнымъ однако замѣтить, что господство мнѣнія о дуализмѣ въ воззрѣніяхъ естественноправовой школы на право закончилось въ западной литературѣ на Бергбомѣ, у насъ — на Н. М. Коркуновѣ. Если мнѣніе это и повторяется кое кѣмъ еще и въ наши дни, то оно звучитъ уже для нашего уха какъ отголосокъ того направленія мысли, которое мѣтко названо однимъ изъ современныхъ представителей философіи права — *un positivisme démodé*²⁾. Господствовавшее мнѣніе о дуализмѣ въ воззрѣніяхъ школы естествен-

1) Viktor Cathrein S. I., *Recht, Naturrecht und positives Recht*, 2-te beträchtlich vermehrte Auflage, Freiburg i. B., 1909.

2) См. *A. Leri, La société et l'ordre juridique*, Paris, 1911, p. 17.

1) См. *А. Ященко, Теорія федерализма, Опыт синтетической теоріи права и государства*, Юрьевъ, 1912 г., с. 109.

наго права пало подъ вліяніемъ болѣе углубленнаго изученія рационалистической гносеологии и методологии XVII и XVIII вѣковъ вообще и въ наукѣ о правѣ въ особенности¹⁾.

Въ историческомъ очеркѣ развитія воззрѣній на естественное право нѣкоторыя отдѣльныя утверждения автора вызываютъ сомнѣніе со стороны ихъ научной обоснованности. Суммарная характеристика древнѣйшаго востока (§ 220, с. 171—172) отдаетъ старой Гегелевской схемой философіи исторіи, которая несомнѣнно требуетъ пересмотра. Утвержденіе автора, что въ Греціи „не было отчетливо выяснено понятіе свободы“ (§ 221, с. 172), врядъ ли можетъ быть принято въ столь категорической формѣ. Замѣчаніе автора, что „никто изъ средневѣковыхъ писателей не далъ яснаго, точнаго и опредѣленнаго критерія для отличія справедливыхъ нормъ положительнаго права отъ несогласныхъ съ естественнымъ правомъ“ (§ 225, с. 176), въ своей голословности звучитъ неубѣдительно и плохо мирится съ догматическимъ міровоззрѣніемъ среднихъ вѣковъ, черпавшимъ критерій естественной справедливости изъ Св. Писанія и изъ „писанаго разума“ римскаго права. Какъ можно, напримѣръ, согласовать замѣчаніе автора съ категорическимъ заявленіемъ Граціана: *ius naturale est quod in lege (sc. Mosaica) et in Evangelio continetur*? — Еще больше недоумѣнія вызываетъ данная авторомъ характеристика методологии естественно-правовой школы XVII вѣка. „Когда мысль стремилась разрѣшить проблему права, то“, говоритъ авторъ, „матеріаломъ ей послужило опытное изученіе природы человѣка, а формой — геометрія“ (§ 226, с. 176). Страннымъ представляется прежде всего проводимое здѣсь своеобразное различіе между „матеріаломъ“ и „формой“ научнаго мышленія. Совершенно неправильной является далѣе содержащаяся въ приведенной фразѣ мысль, будто исходной точкой для геометрической дедукціи служило рационалистамъ XVII вѣка предварительное опытное изученіе природы человѣка. Авторъ забываетъ,

1) См. *Е. В. Спекторскій*, Очерки по философіи общественныхъ наукъ, вып. I, Варшава, 1907 г., глав. VI; *то-же*: Проблема социальной физики въ XVII столѣтіи, том. I, Варшава, 1910 г., глав. VIII, особенно с. 143—161; глав. XI, с. 543—544; *Н. И. Алексеевъ*, Науки общественныя и естественныя въ историческомъ взаимоотношеніи ихъ методовъ, часть I, Москва 1912 г., отдѣлъ I.

что дедуцировали изъ аксіомъ, установленіе которыхъ является дѣломъ интуиціи, а не результатомъ предварительнаго опытнаго, слѣдовательно, индуктивнаго изслѣдованія; исходной точкой для геометрической дедукціи служили не данныя опыта, а умозрительныя опредѣленія¹⁾.

8. Въ тѣсной внутренней связи съ проблемой естественнаго права находится и VI-ая, послѣдняя, глава I-ой части „Очерковъ“, посвященная вопросу о происхожденіи и развитіи права (с. 221—239). Самъ авторъ *expressis verbis* констатируетъ эту связь только примѣнительно къ теоріи развитія права (§ 290, с. 234). Несомнѣнно однако, что она имѣетъ силу и для вопроса о происхожденіи права, такъ какъ послѣднее также соединено съ развитіемъ сознанія началъ права естественнаго (§ 280, с. 226).

Происхожденіе права авторъ связываетъ съ несомнѣнною для него дѣятельностью „великихъ людей, героевъ, работавшихъ для блага человѣчества“, „провиденціальныхъ людей“ (§ 278, с. 224), отъ воздѣйствія которыхъ на „очень грубый матеріалъ въ видѣ людей, только что вышедшихъ изъ полуживотнаго существованія“ (§ 279, с. 225), „получилось: 1) развитіе сознанія нѣкоторыхъ началъ естественнаго права въ связи съ развитіемъ субъективнаго правосознанія, правового чувства и 2) образованіе цѣлаго ряда нормъ положительнаго (обычнаго) права“ (§ 280, с. 226).

Извѣстно, что по вопросу о происхожденіи права существуютъ въ наукѣ двѣ гипотезы, — личнаго и безличнаго созиданія юридическихъ нормъ. О правильности и пріемлемости той или другой теоріи разные ученые судятъ различно, но всѣ согласны въ томъ, что въ обоихъ случаяхъ мы имѣемъ дѣло съ гипотезой, болѣе или менѣе вѣроятной. Иначе смотритъ на это нашъ авторъ. Для него его теорія героевъ и провиденціальныхъ людей является безусловно достоверной, и выводы изъ нея дѣлаются самаго категорическаго характера. „Намѣченный процессъ возникновенія права“, говоритъ нашъ авторъ, „показываетъ, что *правовое чувство возникло въ самой здоровой атмосферѣ*“²⁾, и что идея справед-

1) См. *Е. Спекторскій*, Проблема социальной физики въ XVII столѣтіи, том. I, Варшава, 1910 г., гл. IX, особенно стр. 275—289.

2) Курсивъ нашъ.

ливости присутствовала у самой колыбели права“ (§ 280, с. 226). Долженъ сознаться, что выводъ насчетъ „самой здоровой атмосферы“ является для меня неожиданнымъ и не совсѣмъ понятнымъ.

По вопросу о развитіи права авторъ выдвигаетъ „синтетическую“ теорію, слагающуюся „на почвѣ естественнаго права“. Сущность этой теоріи заключается въ признаніи, что въ эволюціи права участвуютъ три начала: 1) абсолютная идея права, 2) данная реальная среда съ ея условіями и 3) свободная дѣятельность личности (§ 290, с. 234—235). Никакихъ выводовъ методологическаго характера авторъ не дѣлаетъ и вообще не поясняетъ, даетъ ли его „синтетическая“ теорія какую либо новую рабочую гипотезу сравнительно съ „историзмомъ“ (см. § 289, с. 233—234), или нѣтъ.

III.

Вторая и третья части „Очерковъ“ связаны единствомъ содержанія въ томъ смыслѣ, что обѣ онѣ посвящены „теоріи положительнаго права“ въ противоположность разобранной нами первой части, которая занималась выясненіемъ „идеи права и ея реализаціи“. Вторая часть даетъ ученіе объ объективной, третья — о субъективной сторонѣ права.

Такъ какъ особенности защищаемаго авторомъ философскаго воззрѣнія выяснились при разборѣ I-ой части, то разборъ „теоріи положительнаго права“ этимъ сильно облегчается. Въ двухъ послѣднихъ частяхъ „Очерковъ“ передаются общепринятая школьная свѣдѣнія изъ общей теоріи права. Задача рецензента здѣсь значительно упрощается и сводится къ тому, чтобы прослѣдить особенности автора въ порядкѣ и способѣ передачи общепринятыхъ школьныхъ элементовъ общей теоріи права, отмѣтить частичныя дополненія, измѣненія и поправки со стороны автора къ дѣйствующему, такъ сказать, канону и, наконецъ, указать, отразились ли и въ чемъ на содержаніи второй логической половины „Очерковъ“ тѣ философскіе принципы, которые установлены въ I-ой ихъ части.

Имѣя въ виду такую именно задачу, приступаемъ къ разбору „теоріи положительнаго права“ нашего автора.

1. Первая глава второй части отведена подъ выясненіе

„предварительныхъ понятій“. Въ эту главу, названіе которой еще не раскрываетъ ея содержанія, авторъ отнесъ: 1) опредѣленіе положительнаго права, понятіе права въ объективномъ и въ субъективномъ смыслѣ, понятіе формальныхъ источниковъ права; 2) ученіе о функціяхъ, элементахъ и санкціяхъ юридическихъ нормъ (см. стрн. 250), и 3) вопросъ объ адресатѣ юридическихъ нормъ (с. 265).

Съ перваго же взгляда бросается въ глаза разнохарактерность предметовъ, обсуждаемыхъ въ настоящей главѣ, и случайное соединеніе ихъ подъ названіемъ „предварительныхъ понятій“. Мы не будемъ однако настаивать на сомнѣніяхъ, которыя вызываетъ у насъ настоящая глава со стороны ея архитектоники, и ограничимся выраженіемъ недоумѣнія по тѣмъ пунктамъ, которые, думается намъ, находятся въ противорѣчій съ общимъ построеніемъ „Очерковъ“. Противорѣчіе мы видимъ въ томъ, что къ предварительнымъ понятіямъ „теоріи *положительнаго* права“ отнесены такіе вопросы, которымъ, казалось бы, подобало бы отвести соответственное мѣсто въ „общемъ ученіи о правѣ“, изслѣдующемъ „идею права и ея реализацію.“ Одинъ изъ такихъ вопросовъ отмѣченъ уже нами выше (см. стрн. 28) при разборѣ I-ой части. Это — вопросъ объ адресатѣ юридическихъ нормъ. Не подлежитъ сомнѣнію, что то или другое рѣшеніе этого вопроса существенно для выясненія самой идеи права. Если ограничить кругъ адресатовъ юридическихъ нормъ органами государственной власти, то право утратитъ характеръ этической нормы и превратится въ правило правительственной техники. Слѣдовательно, — объ адресатѣ юридическихъ нормъ надлежало говорить въ самомъ началѣ выясненія „идеи права“, именно, въ I-ой, и никакъ ужъ не далѣе II-ой главы первой части, а не въ томъ случайномъ мѣстѣ, которое отвелъ данному вопросу авторъ. Еще большее недоумѣніе вызываетъ слѣдующее заявленіе автора: „положительное право имѣетъ двѣ стороны: объективную и субъективную“ (§ 300, с. 242). Неужели различіе права въ объективномъ и субъективномъ смыслѣ является какой то исключительной принадлежностью положительнаго права и не существенно для самой „идеи права“?! Само собою разумѣется, что различіе это коренится въ самой сущности, въ самой идеѣ права. Потому то и авторъ, выясняя идею права,

оперируетъ и съ объективнымъ, и съ субъективнымъ смысломъ послѣдняго (см. §§ 64—65, с. 51—52; § 155, с. 117—118; § 180, с. 137). Въ виду этого совершенно не понятно, почему авторъ отнесъ установленіе различія объективнаго и субъективнаго смысла права къ предварительнымъ понятіямъ теоріи *положительнаго* права, да къ тому же еще помѣстилъ этотъ вопросъ въ видѣ какой то затычки къ § 300-му, въ которомъ говоритъ о противопоставленіи положительнаго права субъективному правосознанію, о формахъ положительнаго права, и „наконецъ“ о томъ, что „положительное право имѣетъ двѣ стороны: объективную и субъективную“ (с. 242).

Обращаясь къ самому содержанію I главы, считаемъ необходимымъ отмѣтить двѣ положительныя особенности въ изложеніи автора, — по вопросу о взаимоотношеніи между объективной и субъективной стороной права, и по вопросу о функціи юридическихъ нормъ. Авторъ вполне основательно вскрываетъ внутреннюю несостоятельность все еще продолжающагося спора о приоритетѣ то объективнаго права, то субъективныхъ правъ, и высказываетъ совершенно правильную мысль о соотносительности и, слѣдовательно, неразрывности обѣихъ сторонъ права (§ 301, с. 242—243). Заслуживаетъ признанія то обстоятельство, что авторъ разоблачаетъ односторонность взглядовъ Бирлинга, Тона и Коркунова на дѣйствіе дозволенія въ правѣ (§ 311, с. 252—254), учитываетъ вполне обоснованное ученіе Меркеля и Петражицкаго по этому вопросу и въ духѣ послѣдняго признаетъ двойственную повелительно-предоставительную функцію юридическихъ нормъ (§ 312, с. 254—255).

2. Главы II—IV второй части посвящены ученію о формахъ, или формальныхъ источникахъ положительнаго права. Формы положительнаго права дѣлятся у автора на главныя¹⁾, каковыми приходится признать, примѣнительно къ принятому у автора порядку изложенія, обычное право (гл. II) и законъ (гл. III), и субсидіарныя (гл. IV), къ которымъ авторъ относитъ: юридическія нормы, издаваемые въ порядкѣ управленія, или указы; автономическія (по-

1) Этого термина нѣтъ у автора, но его приходится конгеніально ввести какъ необходимое противоположеніе признаваемымъ авторомъ „субсидіарнымъ формамъ“, обнимающимъ всѣ источники кромѣ обычая и закона.

чему не автономныя?) нормы; судебную практику; нормы, устанавливаемая частными лицами и обществами; договоры; административную и парламентскую практику; преторскій эдиктъ. Въ главѣ о субсидіарныхъ формахъ права разсматривается вопросъ о наукѣ, какъ формальномъ источникѣ права, и рѣшается авторомъ отрицательно (§§ 452—453, с. 390—392).

Все ученіе автора о формахъ положительнаго права задумано и выполнено подъ угломъ зрѣнія новѣйшей государственности, которая характеризуется преобладаніемъ и даже монопольнымъ господствомъ закона въ правовой жизни. „Основнымъ формальнымъ источникомъ права надо признать“, говоритъ авторъ, „тотъ высшій авторитетъ даннаго обществѣ, который санкціонируетъ всѣ юридическія нормы. Юридическая основа дѣйствія данной системы права заключается въ санкціи этого высшаго авторитета (въ государствѣ такимъ авторитетомъ является верховная власть). Но только изъ этого вовсе нельзя дѣлать заключенія, что всѣ формы права можно свести къ одной, какъ это дѣлали многіе ученые, утверждавшіе, что такой основной формой является или обычное право, или законъ. Въ дальнѣйшемъ изложеніи мы увидимъ, что отдѣльныя формы права имѣютъ самостоятельный характеръ, и что *хотя въ настоящее время въ государствѣ важнѣйшей формой, въ которую облакаются юридическія нормы, является законъ, но и другія формы права существуютъ рядомъ съ нимъ и независимо отъ него, не смотря на свой субсидіарный характеръ*“ (§ 302, с. 243—244¹⁾). Констатируемое такимъ образомъ верховное господство закона въ современномъ положительномъ правѣ является для автора не фактомъ только, но и критеріемъ для построенія теоретическаго ученія о формахъ положительнаго права. Характерно, что въ приведенной цитатѣ признаны субсидіарными всѣ формы права кромѣ закона. Въ дальнѣйшемъ же изложеніи наряду съ закономъ, т. е. въ качествѣ главной формы, поставлено обычное право. Противорѣчія однако по существу тутъ нѣтъ. Достаточно прочесть, какъ рѣшается авторомъ вопросъ объ „источникѣ безусловно-обязательной силы обычая“ (§§ 334—337, с. 275—279), чтобы убѣдиться, что и обычное

1) Курсивъ нашъ.

право представляется автору, въ сущности говоря, въ видѣ субсидіарной формы права. „Государство“, говоритъ авторъ, „признаетъ уже сложившіеся обычаи и надѣляетъ ихъ юридическимъ характеромъ, точно указывая условія ихъ примѣненія; а изъ этихъ условій основнымъ является непротиворѣчіе обычая закону“ (§ 337 с. 278). Такова теоретическая формула автора, изъ которой явствуется признаніе юридического обычая по существу субсидіарной формой права. Авторъ и самъ не преминулъ сдѣлать соотвѣтственный выводъ изъ приведенной формулы и на слѣдующей же страницѣ заявляетъ: „Разъ юридическіе обычаи могутъ дѣйствовать только благодаря признанію государства, очевидно, что обычное право является хотя и самостоятельной, но *субсидіарной формой права*¹⁾: оно регулируетъ тѣ отношенія, которыхъ не коснулся законъ“ (§ 338, с. 279). Читатель недоумѣваетъ, почему и зачѣмъ авторъ выдѣлилъ обычное право въ особую (II-ую) главу наравнѣ съ закономъ (гл. III) и не включилъ его въ IV-ую главу, специально посвященную „субсидіарнымъ формамъ права“. Станнымъ также представляется то обстоятельство, что обычное право, признаваемое субсидіарной формой, поставлено раньше закона, формы главной, или господствующей. Съ точки зрѣнія автора, враждебнаго „историзму“ (см. § 289, с. 233—234), не можетъ служить оправданіемъ соображеніе о томъ, что юридическій обычай исторически предшествовалъ закону въ качествѣ господствующей формы права (§ 341, с. 281). Въдѣ судебная практика обладает не менѣе древнимъ историческимъ титуломъ, чѣмъ обычаи (§ 456, с. 394), и тѣмъ не менѣе она помѣщена послѣ закона и среди субсидіарныхъ формъ занимаетъ мѣсто послѣ указа, несравненно болѣе новой формы права въ порядкѣ историческаго развитія (см. § 431, с. 366).

Обращеніе современнаго верховнаго господства закона въ критерій теоретическаго ученія о формахъ права сообщаетъ послѣднему характеръ формально-юридическій и догматическій. Догматизмъ рѣзко сказывается въ сужденіяхъ автора по такимъ вопросамъ, какъ вопросъ о дерогирующей силѣ юридического обычая (§ 340, с. 281) или о правотворящей функціи судебной практики (§ 457, с. 395). *Ultima ratio*

1) Курсивъ автора.

для автора является то положеніе, что „законъ можетъ убить какой угодно обычай (с. 281) . . . любую норму судебной практики“ (с. 395). Если ужъ придерживаться способа выраженія автора, тогда необходимо обратить вниманіе, на то, что убить можно только нѣчто живое, и что для познанія этого живого важно выяснитъ не только то, что можетъ его убить, но и то, что даетъ ему жить.

Авторъ самъ какъ будто бы сознаетъ догматичность своей теоріи, связанность ея догмой дѣйствующаго права. Надо полагать, что именно это сознаніе побудило его сдѣлать въ концѣ ученія о формахъ положительнаго права слѣдующую оговорку: „Наконецъ надо помнить, 1) что не всѣ формы права обладаютъ всегда одинаковой юридической силой и 2) что не всегда правопорядокъ представляетъ собою господство закона надъ всѣми остальными формами права“ (§ 471, с. 409). Само собою разумѣется, что такая оговорка полезна, но нельзя признать ее достаточной. Историческая измѣнчивость обязательной силы разныхъ формъ положительнаго права и взаимоотношенія между ними должна была бы быть выяснена и учтена въ самомъ изложеніи теоріи формъ. Между тѣмъ мы этого не находимъ въ достаточной степени у автора. Такъ, по отношенію къ обычному праву, автономическимъ нормамъ и судебной практикѣ авторъ еще принимаетъ въ соображеніе историческій моментъ (см. § 341, с. 281—282; § 450, с. 386—388; § 456, с. 394), но зато другія формы права изображаются имъ въ статической неподвижности. Особенно поражаетъ въ этомъ отношеніи отдѣлъ о наукѣ права (§§ 452—453, с. 390—392): авторъ излагаетъ вопросъ такъ, какъ будто бы наука права никогда не признавалась формальнымъ источникомъ права, явно игнорируя даже римское *ius respondendi*, не говоря ужъ о прочемъ.

Приведенную выше заключительную оговорку въ историческомъ духѣ мы истолковали какъ невольное какъ бы признаніе автора, что его теорія формъ положительнаго права сложилась подъ одностороннимъ вліяніемъ догмы дѣйствующаго права. Необходимо однако замѣтить, что авторъ не придаетъ этому своему признанію существеннаго значенія и упорно настаиваетъ на „чисто теоретическомъ“ характерѣ изложеннаго ученія о формахъ положительнаго права. Считая нужнымъ напомнить, что не всегда прпорядокъ пред-

ставляетъ собою господство закона надъ всѣми остальными формами права, авторъ немедленно же заявляетъ: „Тѣмъ не менѣе чисто-теоретическое положеніе о такомъ господствѣ остается непоколебимымъ въ качествѣ руководящаго принципа разумно понятой политики“ (§ 471, с. 409). Въ другомъ мѣстѣ авторъ пытается дать философское обоснованіе своей теоріи господства закона. „Теорія положительнаго права должна“, говоритъ авторъ, „устанавливать чистые типы изучаемыхъ ею явленій, а эти типы во всей чистотѣ проявляются лишь въ концѣ ихъ эволюціи, а не въ началѣ. Такимъ типомъ въ интересующей насъ области является законъ, отчетливое понятіе котораго только на нашихъ глазахъ заканчиваетъ свою эволюцію“ (§ 358, с. 300). Приведенное заявленіе, основная мысль котораго повторяется авторомъ и въ другихъ аналогичныхъ случаяхъ (см. § 606, с. 537; § 636, с. 565—566), воспроизводитъ старое заблужденіе философіи исторіи Гегеля, — выставляетъ современность какъ конечный пунктъ и цѣль развитія¹⁾. Отъ этого заблужденія стремится освободить себя неогегельянство, которому нашъ авторъ несомнѣнно и сильно сочувствуетъ, заявляя, что этому направленію мысли предстоитъ будущее (§ 245, с. 190, подстр. прим.). Глава неогегельянского направленія въ философіи права Колеръ предостерегаетъ отъ ограниченія кругозора мысли стремленіями и цѣлями современнаго развитія, такъ какъ такое ограниченіе отнюдь не ведетъ къ осуществленію подлинной задачи философіи права, — къ постиженію идеи права въ ея всемірно-историческомъ развитіи и значеніи²⁾. Нашъ авторъ не внемлетъ этому предостереженію и возводитъ современное господство закона на степень абсо-

лютной категоріи теоретическаго ученія о формахъ права. При этомъ авторъ забываетъ, что господство закона имѣетъ мѣсто не во всѣхъ современныхъ государствахъ, — его не знаетъ, напримѣръ, Англія въ той степени, въ какой оно царитъ на европейскомъ материкѣ¹⁾. Да и на послѣднемъ начинается движеніе въ пользу ослабленія исключительнаго господства закона и въ сторону свободнаго правотворенія (Freirechtsbewegung). Авторъ пытается отдѣлаться отъ этого движенія всего лишь нѣсколькими незначительными по содержанию строками (см. § 465, с. 403)²⁾. Между тѣмъ оно заслуживало бы большаго вниманія, такъ какъ въ основѣ его лежитъ несомнѣнно обнаруживающееся безсиліе закона отвѣчать на всѣ запросы интенсивной правовой жизни нашихъ дней. Недаромъ одинъ изъ вдумчивыхъ теоретиковъ права послѣдняго времени, — Т. Штернбергъ заговорилъ даже о томъ, что мы теперь переживаемъ завершеніе господства закона и находимся у преддверія новой занимающейся эры, — свободнаго научнаго правотворенія³⁾. Мы отнюдь не настаиваемъ на безусловной правильности или даже особенной вѣроятности прогноза Штернберга. Для насъ важенъ лишь его, думается намъ, правильный діагнозъ современнаго фактическаго положенія закона. Мы и привели его, съ тѣмъ чтобы болѣе наглядно показать, насколько теорія нашего автора не выходитъ изъ тисковъ догмы дѣйствующаго права и какъ она безъ какихъ бы то ни было доказательствъ превращаетъ догматическія положенія въ теоретическія.

При разборѣ ученія о теоретическомъ соотношеніи формъ положительнаго права намъ пришлось только что констатировать три нижеслѣдующихъ особенности философско-

1) Это заблужденіе Гегеля весьма ярко отмѣчаетъ въ послѣднее время *Eduard Fueter*, *Geschichte der neueren Historiographie*, München und Berlin, 1914, S. 432—433.

2) *J. Kohler*, *Rechtsphilosophie und Universalrechtsgeschichte*, въ *Encyklopaedie der Rechtswissenschaft v. Holtzendorff* — Kohler, 6-te Aufl., I. Bd., 1904, S. 9: Keine Rechtsphilosophie in unserem Sinne ist es, wenn man lediglich die Bestrebungen und Zielpunkte unserer heutigen Entwicklung ins Auge fasst und danach bemessen will, wie wir unser heutiges Recht gestalten sollen; das ist, wie noch zu zeigen, Sache der Rechtspolitik; es führt uns höchstens zur Erkenntnis einer bestimmten Kulturstufe, es führt nicht zum Einblick in die Bedeutung des Rechts in der Geschichte des Weltalls“.

1) „Das Recht an sich ist in letzter Linie“, справедливо замѣчаетъ Штернбергъ, „für den Kontinentalen das Gesetz, für den Engländer der Rechtsspruch und in ihm der Richter“, — *Theodor Sternberg*, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, I Teil, 2-te Aufl., Lpzg, 1912, S. 28. — Нашъ авторъ знаетъ объ особомъ положеніи въ Англіи и судебной практики, и обычнаго права (см. § 455, с. 393; § 338, с. 279), но находитъ возможнымъ не учитывать этого обстоятельства при установленіи „чистаго типа“ формъ положительнаго права.

2) Авторъ суммарно осуждаетъ это движеніе, между тѣмъ какъ нѣсколько раньше онъ самъ одобрилъ формулированный въ духѣ этого движенія принципъ Швейцарскаго гражд. кодекса, — см. § 460, с. 399.

3) См. *Th. Sternberg*, I. с., § 13, особенно стрн. 158—162.

исторических воззрѣній автора: 1) чистые типы изучаемыхъ теоріей положительнаго права явленій проявляются, по мнѣнію автора, лишь въ концѣ ихъ эволюціи, а не въ началѣ; 2) современное господство закона надъ другими формами положительнаго права выставляется авторомъ въ качествѣ положенія чисто-теоретическаго и непоколебимаго; 3) предшествующее положеніе представляетъ собою ничто иное, какъ воспроизведеніе стараго заблужденія философіи исторіи Гегеля, согласно которому современность выставляется какъ конечный пунктъ и цѣль развитія.

Въ видахъ всесторонней характеристики воззрѣній автора мы должны отмѣтить, что приведенныя положенія не выдерживаются авторомъ послѣдовательно во всѣхъ отдѣлахъ „Очерковъ“, такъ что въ одномъ мѣстѣ послѣднихъ встрѣчается даже прямо отрицательное отношеніе автора къ строго Гегелевскому воззрѣнію на современность какъ на высшее проявленіе чистой идеи.

Такое отступленіе автора отъ философіи исторіи стараго гегельянства мы находимъ по вопросу о значеніи государства, вопросу, какъ извѣстно, самому существенному для всей моральной философіи Гегеля. Сказавъ, что государство „представляетъ собою дѣйствительно высшій типъ социальнаго общенія (и ужъ во всякомъ случаѣ высшій и наиболѣе законченный изъ всѣхъ до сихъ поръ существующихъ)“, авторъ въ подстрочномъ примѣчаніи дѣлаетъ слѣдующую оговорку: „здѣсь я долженъ разойтись съ моимъ безгранично-почитаемымъ учителемъ. Въ кн. IV, гл. 5 своей „Философіи права“ Б. Н. Чичеринъ пишетъ: „Въ государствѣ идея человѣческаго общества достигаетъ высшаго своего развитія“. Это безусловно вѣрно, если мы останемся на почвѣ существующихъ фактовъ: *до сихъ поръ* государство является высшимъ типомъ социальнаго общенія. Но если разсматривать вопросъ съ точки зрѣнія *идеи* человѣческаго общенія, то несомнѣнно, что такой идеей надо признать *человѣчество*, „едино стадо и единъ Пастырь“. А отсюда слѣдуетъ, что высшимъ типомъ человѣческаго общенія долженъ быть признанъ *международный союзъ*“ (§ 92, с. 71).

Привѣтствуя прорывъ автора въ сторону нео-гегельянства по вопросу о государствѣ, мы не можемъ не сожалѣть о томъ, что по вопросу объ отношеніи закона къ другимъ

формамъ положительнаго права авторъ придерживается стараго гегельянства и законъ, являющійся высшимъ типомъ положительнаго права *до сихъ поръ*, провозглашаетъ чистымъ типомъ съ точки зрѣнія *идеи* права. При этомъ авторъ, сумѣвший по поводу государства подмѣтить, что уже и въ настоящее время многое сдѣлано для организаціи высшаго, чѣмъ государство, союза (§ 92, с. 71), закрываетъ глаза на признаки протеста современнаго правосознанія противъ абсолютнаго господства закона. Это игнорированіе чаяній будущаго вмѣстѣ съ забвеніемъ фактовъ не особенно далекаго прошлаго и одностороннимъ воспріятіемъ настоящаго связываетъ ученіе автора о законѣ узами излишняго догматизма.

Догматизмъ автора ограничивается, къ счастью, общимъ признаніемъ верховнаго господства закона и оцѣнкой съ этой точки зрѣнія остальныхъ формъ права, и не простирается на установленіе видовъ послѣднихъ. Авторъ не придерживается принятаго въ догматической юриспруденціи тройственнаго дѣленія источниковъ права на обычай, законъ и судебную практику, и признаетъ еще и другія формы. Несвязанность свою догматическими узами по этому вопросу авторъ подчеркиваетъ. „Мы видимъ“, говоритъ онъ въ заключительномъ параграфѣ главы IV-ой, „что количество формъ (формальныхъ источниковъ) права гораздо больше, чѣмъ это признается господствующими ученіями: вмѣсто двухъ-трехъ формъ мы насчитали ихъ болѣе десяти“ (§ 471, с. 409). Признавая заключеніе автора вполне правильнымъ, мы сожалѣемъ лишь о томъ, что авторъ не упомянулъ въ данномъ случаѣ имени Л. И. Петражицкаго, которому принадлежитъ несомнѣнная заслуга въ дѣлѣ освобожденія ученія о формахъ („видахъ и разновидностяхъ“) права отъ стѣснительныхъ оковъ догматической юриспруденціи.

3. Ознакомившись съ общимъ характеромъ теоретическаго ученія нашего автора о формахъ положительнаго права, мы позволимъ себѣ еще остановиться на нѣкоторыхъ отдѣльныхъ положеніяхъ II—IV главъ второй части, способныхъ вызвать у читателя сомнѣніе или недоумѣніе.

Нѣкоторое недоумѣніе вызываютъ тѣ указанія, которыя даются авторомъ относительно времени возникновенія и послѣдовательности представителей одного изъ формально-юридическихъ ученій въ нѣмецкой государственной наукѣ.

Различіе законовъ въ матеріальномъ и формальномъ смыслѣ авторъ называетъ „интереснымъ ученіемъ возникшимъ недавно¹⁾ въ Германіи“ (§ 354, с. 295) и далѣе поясняетъ, что „родоначальниками разсматриваемаго ученія являются два крупныхъ нѣмецкихъ ученыхъ — Йеллинекъ и въ особенности Лабандъ“ (§ 355, с. 296). Какъ извѣстно, родоначальникомъ названнаго ученія былъ Гнейстъ²⁾, выдвинувшій его по частному вопросу о государственномъ бюджетѣ; Лабандъ общилъ и развилъ это ученіе и, наконецъ, Йеллинекъ послѣдовалъ уже за ними. Затѣмъ извѣстно также, что Гнейстъ формулировалъ свое ученіе болѣе пятидесяти, а Лабандъ безъ малаго сорокъ лѣтъ тому назадъ. Поэтому при современномъ ускоренномъ темпѣ жизни врядъ ли можно признать ихъ ученіе возникшимъ недавно, тѣмъ болѣе, что нашъ авторъ раньше примѣнилъ хронологическое указаніе „недавно“ къ мнѣнію, которое было высказано въ нашей литературѣ всего лишь за два года до выхода въ свѣтъ собственной книги автора (см. § 270, с. 213; и у насъ выше стрн. 32).

Перебирая возможные формы отмѣны законовъ и обозначая ихъ латинскими терминами, авторъ называетъ „полную замѣну стараго закона новымъ“ полатыни *obrogatio* (§ 406, с. 340). Это врядъ ли правильно. Насколько намъ извѣстно, *obrogare legem* значитъ *mutare aliquid ex prima lege* (Ulp. I. 3).

Безъ всякаго основанія авторъ упорно пишетъ кодификація вмѣсто кодификація и ссылается при этомъ на слово *codex*³⁾. Ссылка автора отнюдь не убѣдительна, такъ какъ общеизвѣстно, что производныя слова образуются не отъ именительнаго падежа, а отъ основы, которая обнаруживается лишь въ родительномъ падежѣ.

Выясняя значеніе судебной практики, какъ формальнаго источника права, авторъ ссылается на „свидѣтельство исторіи“, но оперируетъ при этомъ столь крупнымъ масштабомъ,

1) Курсивъ нашъ.

2) Ученію о различіи матеріальнаго и формальнаго смысла закона вообще предшествовало ученіе Шталя о различіи конституціи, т. е. основнаго закона, въ матеріальномъ и формальномъ смыслѣ. См. *Fr. Jul. Stahl, Die Philosophie des Rechts, II Bd, Rechts- und Staatslehre, 2. Abtheilung, 2-e Aufl., Heidelberg, 1845, S. 178, 182.*

3) См. § 407, с. 342: „Такая систематизація дѣйствующаго права называется кодификаціей (*codex*)“.

времени, какой врядъ ли имѣется въ распоряженіи исторической науки. „Въ интересующемъ насъ вопросѣ мы имѣемъ“, говоритъ авторъ, „историческій фактъ¹⁾ чрезвычайной важности: съ самаго зарожденія исторіи культуры вплоть до нашихъ дней (т. е. на протяжении нѣсколькихъ десятковъ тысячелѣтій)¹⁾ судъ является творческимъ факторомъ въ области правовой жизни, онъ создаетъ новыя юридическія нормы“ (§ 456, с. 394). Можно съ увѣренностью сказать, что нѣтъ ни одного историка, который былъ бы настолько смѣлъ, чтобы констатировать историческій фактъ за одинъ десятокъ тысячъ лѣтъ назадъ и тѣмъ болѣе за нѣсколько десятковъ тысячелѣтій. Нашъ авторъ попросту смѣшалъ возможную историческую гипотезу съ историческимъ фактомъ, что онъ однажды уже сдѣлалъ, какъ это отмѣчено у насъ въ соответственномъ мѣстѣ выше (см. стрн. 35—36).

4. Ученіе объ объективной сторонѣ права завершается главой (V-ой) о примѣненіи юридическихъ нормъ, въ которой ясно и обстоятельно излагаются соответственные приемы юридической техники.

IV.

Переходимъ къ замѣчаніямъ на отдѣльныя мѣста III-ей части „Очерковъ“, посвященной „субъективной сторонѣ права“.

1. Въ основу понятія юридическаго отношенія авторъ, согласно общепринятому ученію, кладетъ отношенія бытовья. Различіе послѣднихъ приводитъ автора къ установленію типовъ юридическихъ отношеній. „Какъ бы разнохарактерны ни были бытовья отношенія въ зависимости отъ лежащихъ въ основѣ ихъ интересовъ, всѣ они могутъ быть сведены“, говоритъ авторъ, „къ тремъ типамъ: 1) человекъ еще не обладаетъ извѣстнымъ благомъ, но стремится къ нему и для этого вступаетъ въ то или иное бытовое отношеніе; 2) человекъ уже обладаетъ извѣстнымъ благомъ, и бытовое отношеніе является средствомъ, при помощи котораго проявляется это обладаніе, и 3) кто либо препятствуетъ человеку въ обладаніи принадлежащимъ ему благомъ, и бытовое отношеніе имѣетъ цѣлью устранить это препятствіе. Очевидно, что изъ указан-

1) Курсивъ нашъ.

ныхъ типовъ *основнымъ* надо признать второй. Онъ представляетъ собою отношеніе чловѣка къ тому, что является для него извѣстнымъ благомъ, что удовлетворяетъ той или иной его потребности. Первый типъ можно характеризовать какъ типъ *подготовительный*, а третій — какъ *производный*“ (§ 500, с. 437—438). — „Сообразно съ этими типами бытовыхъ отношеній строятся и юридическія отношенія, причемъ такъ какъ подготовительныя отношенія не имѣютъ самостоятельнаго значенія, а служатъ лишь средствомъ для пріобрѣтенія того или иного права, то юридическія отношенія сводятся къ двумъ типамъ: 1) субъектъ обладаетъ какимъ либо правомъ надъ опредѣленнымъ объектомъ и совершаетъ извѣстныя дѣйствія въ предѣлахъ этого права (основное юридическое отношеніе), и 2) субъектъ предъявляетъ извѣстныя требованія къ другимъ субъектамъ, такъ или иначе препятствующимъ ему осуществлять принадлежащее ему право (производное юридическое отношеніе)“ (§ 501, с. 438).

Приведенному дѣленію принадлежитъ весьма важное значеніе въ ученіи нашего автора. Примѣнительно къ этому дѣленію различно распредѣляются „проявленія субъективнаго права“ (§ 508, с. 443), и подвергаются критикѣ „теоріи, признающія юридическія отношенія только между людьми“ (см. Оглавленіе, с. XII и § 512, с. 446).

„Въ основномъ юридическомъ отношеніи субъектъ осуществляетъ такъ или иначе свое право надъ объектомъ, въ производномъ, — онъ предъявляетъ требованія къ другимъ субъектамъ, препятствующимъ ему осуществлять это право. Въ первомъ случаѣ субъективное право проявляется въ видѣ отдѣльныхъ *правомочій* субъекта относительно объекта; во второмъ случаѣ оно проявляется въ видѣ *притязаній* (или: *правопритязаній*) къ другимъ субъектамъ (Anspruch)“ (§ 508, с. 443). „Правомочія имѣютъ мѣсто въ основныхъ юридическихъ отношеніяхъ, а притязанія и разныя формы обращенія къ власти за содѣйствіемъ — въ производныхъ“ (§ 510, с. 446).

Указавъ, что основныя и производныя юридическія отношенія характеризуются различіемъ проявленій субъективнаго права, такъ какъ правомочіе свойственно первымъ, а притязаніе — вторымъ, авторъ непосредственно вслѣдъ за этимъ переходитъ къ критикѣ теорій, признающихъ притязаніе

заніе существеннымъ признакомъ всякаго юридическаго отношенія и всякое юридическое отношеніе отношеніемъ между людьми. „Только что сказанное даетъ основу для критики теорій, отождествляющихъ субъективное право съ притязаніемъ. Эти теоріи утверждаютъ, что юридическія отношенія возможны только между людьми. Отношеніе же между субъектомъ и объектомъ есть отношеніе чисто-фактическое, оно само по себѣ не имѣетъ юридическаго характера (§ 511, с. 446)... Разсматриваемая теорія не признаетъ юридическихъ отношеній между субъектомъ и объектомъ, а слѣдовательно она не признаетъ существованія основныхъ юридическихъ отношеній. Для нея всѣ юридическія отношенія складываются по одному типу, а именно по типу производныхъ отношеній, а субъективные права представляютъ собою только различныя притязанія управомоченныхъ къ другимъ субъектамъ, несущимъ соотвѣтственныя обязанности“ (§ 512, с. 446).

Мы сдѣлали приведенныя, довольно длинныя выписки въ видахъ возможно лучшаго выясненія точки зрѣнія автора. Постараемся резюмировать полученный такимъ образомъ матеріалъ.

Основныя юридическія отношенія исчерпываются отношеніемъ субъекта къ объекту и, имѣя въ своемъ составѣ субъекта правомочія, не знаютъ совсѣмъ субъекта обязанности. Обязанность, соотвѣтствующая притязанію, и субъектъ обязанности выступаютъ только въ производныхъ юридическихъ отношеніяхъ. Отсюда слѣдуетъ, что основныя и производныя юридическія отношенія разнятся между собою не только различнымъ „проявленіемъ субъективнаго права“, но и вообще различнымъ конститутивнымъ составомъ. Въ составѣ основныхъ юридическихъ отношеній входятъ: управомоченный субъектъ, правомочіе и объектъ; въ составѣ производныхъ, — управомоченный субъектъ, притязаніе, объектъ, субъектъ обязанности и самая обязанность.

Не можетъ быть, думается намъ, сомнѣнія въ томъ, что сдѣланный нами выводъ логически вытекаетъ изъ всего сказаннаго авторомъ объ основныхъ и производныхъ юридическихъ отношеніяхъ. Поэтому до крайности удивляетъ насъ, что въ специальномъ отдѣлѣ о составѣ юридическихъ отношеній (с. 471—472) мы находимъ у автора не этотъ выводъ, а нѣчто другое.

„Для правильного рѣшенія вопроса о количествѣ элементовъ въ каждомъ юридическомъ отношеніи, необходимо припомнить“, говоритъ авторъ, „что юридическія отношенія бываютъ двухъ типовъ: основныя и производныя. Въ *основныхъ* юридическихъ отношеніяхъ мы имѣемъ два вида: 1) отношенія, въ которыхъ есть только субъектъ права, но нѣтъ спеціального субъекта обязанности (нпр. отношеніе человѣка къ вещи при правѣ собственности), и 2) отношенія, въ которыхъ существуютъ взаимно связанные субъекты и правъ, и обязанностей (напр. при договорахъ личнаго найма). Въ отношеніяхъ перваго вида мы находимъ три элемента: субъектъ, объектъ и субъективное право; въ отношеніяхъ втораго вида — четыре: субъектъ права, субъектъ обязанности, объектъ и субъективное право (этотъ элементъ выражается въ правѣ на одной сторонѣ и соотвѣтствующей обязанности на другой). Что касается *производныхъ* отношеній, то очевидно, что въ нихъ всегда должно быть четыре элемента (въѣдъ онѣ возникаютъ всегда на почвѣ конфликтовъ между людьми): 1) субъектъ права, 2) субъектъ обязанности, такъ или иначе не исполняющій своей обязанности, или нарушающій чужое право, 3) объектъ и 4) субъективное право, *проявляющееся въ видѣ притязанія* (ему соотвѣтствуетъ обязанность „пассивнаго“ субъекта)“ (§ 536¹, с. 472).

Для всякаго непредубѣжденнаго читателя ясно, что въ § 536¹ по вопросу объ основныхъ юридическихъ отношеніяхъ вводится нѣчто новое, чего не было въ первоначальномъ ученіи автора, именно, — дѣленіе основныхъ отношеній на два вида и признаніе во второмъ изъ нихъ наличности субъекта обязанности. При этомъ оказывается, что основныя юридическія отношенія втораго вида представляютъ собою не отношеніе между субъектомъ и объектомъ, какъ раньше авторъ опредѣлялъ основныя юридическія отношенія вообще (см. цитаты, приведенныя нами выше на стрн. 48), а отношеніе между людьми. Слѣдовательно, основныя отношенія втораго вида совпадаютъ по своему составу и характеру съ отношеніями производными. Ничего подобнаго авторъ раньше не говорилъ и заговорилъ объ этомъ только въ самомъ концѣ соотвѣтственной главы, — въ параграфѣ, который носитъ явный слѣдъ позднѣйшей дополнительной вставки. Слѣдъ этотъ проявляется въ томъ, что у параграфа, о которомъ

идеть рѣчь, нѣтъ самостоятельнаго нумера, а лишь номеръ — bis (536¹). Такая вставка несомнѣнно полезна, ибо она восполнила вопыющій пробѣлъ въ ученіи автора, увѣрявшаго ранѣе, что субъектъ обязанности имѣется только въ производныхъ, т. е. конфликтныхъ отношеніяхъ. Но вставка эта создаетъ глубокое внутреннее противорѣчіе между всѣмъ ученіемъ автора о типахъ юридическихъ отношеній и дополнительно-заключительнымъ къ нему параграфомъ.

Противорѣчіе автора самому себѣ не исчерпывается только что приведеннымъ и идетъ дальше. Въ одномъ мѣстѣ авторъ высказывается въ смыслѣ признанія наличности субъекта обязанности и въ основныхъ отношеніяхъ перваго вида. Такъ, развивая ученіе о томъ, что въ области права обязанность является понятіемъ производнымъ, авторъ приводитъ слѣдующій примѣръ: „Не потому существуетъ мое право собственности на домъ, что всѣ и каждый несутъ по отношенію ко мнѣ извѣстныя обязанности, а наоборотъ: только потому они обязаны не посягать на мою собственность, что существуетъ мое право“ (§ 514, с. 449). Ясно, что въ столь типическомъ основномъ юридическомъ отношеніи перваго рода, какимъ является право собственности (см. § 536¹, с. 472), авторъ находитъ субъекта обязанности. Такимъ образомъ устраняется различіе между первымъ и вторымъ видомъ основныхъ юридическихъ отношеній и, слѣдовательно, — между основными и производными отношеніями вообще, ибо тождество состава основныхъ отношеній втораго вида и отношеній производныхъ обнаружилось уже выше на основаніи собственнаго заявленія автора.

Но и на этомъ дѣло не кончается. Отношеніе, имѣющее своимъ содержаніемъ право собственности и долженствующее служить, по мнѣнію самого автора, чистѣйшимъ образцомъ основнаго юридическаго отношенія перваго вида, получаетъ у автора еще одно толкованіе, не имѣющее ничего общаго съ предыдущимъ. „Всѣ окружающіе“, говоритъ авторъ, „не потому обязаны воздерживаться отъ посягательства на право собственника, что связаны съ нимъ юридическими отношеніями, въ которыхъ несутъ „отрицательныя обязанности“, а потому, что вообще никто не имѣетъ права нарушать чужихъ правъ“ (§ 518¹, с. 453).

Такимъ образомъ мы видимъ, что по вопросу объ устано-

влении типовъ юридическихъ отношеній авторъ впадаетъ въ противорѣчія съ самимъ собой.

2. Критикуя „теоріи, признающія юридическія отношенія только между людьми“, авторъ обрушивается на предлагаемую ими конструкцію права собственности. „Еще нелѣпѣ“, говоритъ авторъ, „была бы такая конструкція: мое право собственности на садъ существуетъ потому, что я связанъ юридическими отношеніями со *всеми людьми на землѣ*: всѣ они несутъ по отношенію ко мнѣ отрицательныя обязанности — не посягать на мое право. Другими словами: при каждой покупкѣ какой нибудь вещи происходитъ измѣненіе юридическихъ отношеній между *всеми людьми на землѣ*, или въ лучшемъ случаѣ между живущими въ томъ государствѣ, гдѣ совершается покупка“ (§ 513, с. 448). Хотя авторъ выражаетъ свое неодобреніе не раздѣляемой имъ теоріи сильнѣе, чѣмъ это принято дѣлать, и даже чѣмъ это сдѣлано въ одобренномъ имъ самомъ (§ 598¹, с. 531, подстр. прим.) отзывѣ Колера по тому же вопросу, тѣмъ не менѣе критика его совпадаетъ съ довольно распространеннымъ въ наукѣ мнѣніемъ. Придерживаясь противоположнаго мнѣнія, мы все же не станемъ спорить съ авторомъ по существу, памятуя, что *contra principia negantem non est disputandum*. Мы позволимъ себѣ только отмѣтить, что авторъ не выдерживаетъ своей собственной точки зрѣнія и въ другомъ мѣстѣ высказываетъ сужденіе въ духѣ того образа мыслей, который раньше обозвалъ „нелѣпымъ“. Весьма характерно при этомъ, что такое сужденіе высказывается по вопросу уголовного права, въ области котораго авторъ является прямымъ специалистомъ. Оспаривая мнѣніе тѣхъ, кто видитъ въ правонарушеніи не нарушеніе субъективныхъ правъ, а лишь нарушеніе объективной юридической нормы, авторъ говоритъ: „защитники оспариваемыхъ мнѣній указываютъ на цѣлый рядъ уголовныхъ правонарушеній, гдѣ отсутствуетъ нарушеніе субъективныхъ правъ; напр. богохульство, нарушеніе общественной тишины, преступленія, оскорбляющія общественную нравственность“, и опровергаетъ эти указанія слѣдующимъ заявленіемъ: „между прочимъ такія преступленія нарушаютъ субъективныя права неопредѣленнаго множества лицъ; *принципіально* возможно предоставить право обвиненія каждому желающему (*actio popularis*)“ (§ 656, с. 586—587). Изъ

словъ автора слѣдуетъ, что у всѣхъ и каждого принципіально возникаютъ притязанія къ подобному правонарушителю, или, говоря иначе, при каждомъ содѣяніи подобнаго уголовного правонарушения происходитъ установленіе юридическихъ отношеній между *всеми людьми на землѣ*, или въ лучшемъ случаѣ между живущими въ томъ государствѣ, гдѣ совершено преступленіе. Почему такое построеніе принципіально допустимо въ уголовномъ правѣ и „нелѣпо“ примѣнительно къ гражданскому обороту, для насъ не понятно.

3. Юридическую обязанность авторъ считаетъ только пассивнымъ дѣйствіемъ субъективнаго права, оборотной его стороной (§ 513¹, с. 448—449), словомъ, — несамостоятельнымъ элементомъ юридического отношенія (§ 536, с. 471—472). „Если въ области нравственности основнымъ понятіемъ является обязанность, то въ области права обязанность является понятіемъ производнымъ, не имѣющимъ самостоятельнаго значенія, а поэтому и не нуждающимся въ специальномъ научномъ изученіи. Какъ справедливо замѣчаетъ Биндингъ, право есть логически предшествующее, а обязанность — послѣдующее“ (§ 514, с. 449).

Принимаемое авторомъ положеніе Биндинга не проводится въ „Очеркахъ“ послѣдовательно, такъ какъ авторъ самъ признаетъ существованіе такихъ юридическихъ отношеній, въ которыхъ обязанность есть логически предшествующее, а право — послѣдующее. „Права на извѣстныя услуги со стороны государства существуютъ“, говоритъ авторъ, „въ такихъ юридическихъ отношеніяхъ, которыя возникаютъ по поводу или вслѣдствіе исполненія должностными лицами государства своихъ служебныхъ обязанностей Этихъ правъ не существовало бы, если бы законъ не возложилъ на должностныхъ лицъ извѣстныхъ обязанностей“ (§ 639, с. 569—570)¹). Возникающее такимъ образомъ противорѣчіе не можетъ быть устранено ссылкой на особую природу публичныхъ субъективныхъ правъ, такъ какъ „аргументъ“ относительно принципіальнаго отличія публичныхъ субъективныхъ правъ отъ част-

1) Считаю нужнымъ оговорить, что не раздѣляю данной авторомъ конструкціи субъективныхъ правъ на содѣйствіе власти. Не вступаю однако съ авторомъ въ полемику, такъ какъ въ настоящемъ отзывѣ я остаюсь почти исключительно въ предѣлахъ конгеніальной критики.

ных „есть“, по мнѣнію автора, „плодъ недоразумѣнія“ (см. § 525, с. 459).

Ученіе о приматѣ субъективнаго права предъ обязанностью не только не выдерживается авторомъ во всей послѣдовательности, но и, что гораздо важнѣе, не вяжется съ его же ученіемъ о функціи юридическихъ нормъ. Что между обоими вопросами имѣется логическая связь, это констатируетъ самъ авторъ на примѣрѣ своихъ теоретическихъ противниковъ, признающихъ только юридическія обязанности и отрицающихъ бытіе субъективныхъ правъ. „Основываясь“, говоритъ авторъ, „на положеніи, что функція юридическихъ нормъ есть только повелѣніе, они утверждаютъ, что изъ юридическихъ нормъ вытекаютъ только однѣ обязанности“ (§ 515, с. 449).

Нашъ авторъ, какъ мы уже знаемъ, признаетъ, что „каждая юридическая норма имѣетъ двѣ функціи: повелительную и предоставительную“ (§ 312, с. 254). Функціи эти представлены равнозначущими, изъ чего должно слѣдовать, что регулируемая юридической нормой отношенія слагаются изъ двухъ основныхъ и равнозначущихъ элементовъ, — права и обязанности. Приматъ субъективнаго права никоимъ образомъ не вытекаетъ изъ ученія о двойственной функціи юридическихъ нормъ. Вѣдь авторъ, признавая двѣ функціи, не дѣлаетъ при этомъ оговорки насчетъ примата функціи предоставительной. По одному частному поводу авторъ высказываетъ лишь ту мысль, что повелительная и предоставительная функціи неразрывны, изъ чего дѣлаетъ выводъ, что, дозволяя что либо, норма вмѣстѣ съ тѣмъ и обязываетъ. „Такъ какъ каждая юридическая норма имѣетъ двѣ функціи — повелительную и предоставительную, то ясно, что дозволяя что нибудь, законъ этимъ самымъ повелѣваетъ всѣмъ „до кого сіе относится можетъ“, соотвѣтствующій образъ поведения“ (§ 312, с. 255). Какимъ образомъ авторъ находитъ возможнымъ совмѣстить ученіе о двойственной функціи юридическихъ нормъ съ ученіемъ о приматѣ субъективнаго права, совершенно не понятно, тѣмъ болѣе, что въ первомъ изъ этихъ ученій авторъ повсюду называетъ на первомъ мѣстѣ не предоставительную функцію, а повелительную.

4. Въ ученіи объ объектѣ юридическихъ отношеній коренную реформу произвелъ Бирлингъ (*E. R. Bierling*, Juri-

stische Prinzipienlehre, I. Bd., 1894, § 14). Онъ указалъ, что въ этомъ ученіи необходимо различать двѣ стороны: понятіе объекта въ смыслѣ устанавливаемого нормою содержания обязанности и притязанія, и понятіе объекта въ смыслѣ предмета, къ которому относится соотвѣтствующее нормѣ поведение обязаннаго и управомоченнаго.

Юридическое отношеніе выражается въ сужденіи: А. имѣетъ право по отношенію къ В., В. обязанъ по отношенію къ А. Сказуемая въ двухъ приведенныхъ предложеніяхъ неизбѣжно требуютъ себѣ дополненія: *на что* имѣетъ право А., и *къ чему* обязанъ В. Соотвѣтственное необходимое дополнение къ сказуемымъ, — „имѣетъ право“ и „обязанъ“, — и есть объектъ юридическаго отношенія въ первомъ изъ различаемыхъ Бирлингомъ смыслѣ. Такъ какъ юридическая норма регулируетъ поведение людей, и юридическое отношеніе вслѣдствіе этого есть отношеніе взаимоупорядоченнаго поведения двухъ лицъ, то, слѣдовательно, объектомъ юридическаго отношенія въ первомъ смыслѣ является неизмѣнно поведение людей.

Когда мы подставимъ этотъ объектъ, то юридическія отношенія представятся намъ въ видѣ сужденій слѣдующаго содержания: А. имѣетъ по отношенію къ В. право получить, не терпѣть, дѣлать или не дѣлать; В. обязанъ по отношенію къ А. дѣлать, не дѣлать, терпѣть. Возникаетъ опять вопросъ о необходимыхъ дополненіяхъ къ глаголамъ: получить, дѣлать, не дѣлать, терпѣть, не терпѣть. Эти то дополненія и составляютъ объектъ юридическаго отношенія во второмъ смыслѣ, или, какъ выразился Бирлингъ, „объектъ — объекта права“. Объектомъ въ этомъ смыслѣ могутъ быть вещи, дѣйствія людей, а по мнѣнію нѣкоторыхъ ученыхъ, въ томъ числѣ самого Бирлинга, и люди.

Нашъ авторъ не учитываетъ сдѣланнаго Бирлингомъ и не знакомитъ читателя съ произведенной имъ реформой. За это мы впрочемъ и не винимъ автора. Авторъ держится иного мнѣнія, и нельзя требовать, чтобы въ общемъ курсѣ, каковымъ являются „Очерки“, онъ опредѣлялъ свое отношеніе ко всѣмъ нераздѣляемымъ имъ мнѣніямъ.

Виновать однако авторъ предъ Бирлингомъ и предъ читателемъ въ томъ, что по другому поводу привелъ ученіе Бирлинга, не называя его имени, и при этомъ исказилъ со-

держаніе ученія. Не обмолвившись ни однимъ словомъ о проводимомъ у Бирлинга различіи двухъ сторонъ въ ученіи объ объектѣ, и, слѣдовательно, имѣя въ виду обычный смыслъ объекта, т. е. по Бирлингу второй его смыслъ, авторъ подвелъ подъ этотъ смыслъ то, что Бирлингъ говоритъ объ объектѣ въ первомъ смыслѣ. „Наиболѣе правильной изъ монистическихъ теорій можно признать“, говоритъ авторъ, „теорію, сводящую всѣ объекты правъ къ поведенію людей. Но и эта теорія принята быть не можетъ. Совершенно вѣрно, что всѣ юридическія нормы регулируютъ поведеніе людей. Такимъ образомъ можно сказать, что это поведеніе является объектомъ юридическѣхъ нормъ (объективного права). Объектомъ же юридическѣхъ отношеній (субъективного права) является въ громадномъ количествѣ случаевъ не поведеніе само по себѣ, а тѣ блага, выгоды, которыя получаютъ въ результатѣ поведенія въ каждомъ данномъ случаѣ для управомоченнаго субъекта“ (§ 571, с. 510—511).

Скрываемое авторомъ ученіе Бирлинга о различіи двухъ сторонъ въ понятіи объекта права вышло наружу, но въ такомъ видѣ, какъ будто оно принадлежит автору, между тѣмъ какъ на самомъ дѣлѣ оно принадлежит Бирлингу. Само собою однако разумѣется, что не можетъ быть рѣчи о противоположеніи объекта нормы объекту отношенія; при коррелятивности понятій права въ объективномъ и въ субъективномъ смыслѣ такое противоположеніе логически не допустимо.

Только объектъ въ первомъ смыслѣ является единымъ (поведеніе людей); объектъ во второмъ смыслѣ обнимаетъ у Бирлинга и людей, и ихъ дѣйствія, и вещи. Поэтому авторъ, оперируя съ обычнымъ, т. е. по Бирлингу со вторымъ смысломъ объекта, неправильно назвалъ ученіе Бирлинга „монистическимъ“. Столь же неправильно въ другомъ мѣстѣ авторъ привелъ мнѣніе Бирлинга (назвавъ его на сей разъ по имени) объ объектѣ перваго рода тамъ, гдѣ по существу идетъ рѣчь объ объектѣ втораго рода (см. § 583, с. 520).

Къ основному воззрѣнію Бирлинга на объектъ права примыкаетъ Л. І. Петражицкій, но при этомъ не проводитъ прямого различія между объектомъ въ первомъ и во второмъ смыслѣ. Последнее обстоятельство можетъ дать поводъ подумать, что при изложеніи анонимной „теоріи, сводящей

всѣ объекты правъ къ поведенію людей“ нашъ авторъ имѣлъ въ виду именно Л. І. Петражицкаго и потому не заслужилъ упрека въ искаженіи теоріи и подмѣнѣ одного смысла объекта другимъ. На это мы можемъ возразить, что въ данномъ случаѣ разница между Бирлингомъ и Л. І. Петражицкимъ касается не существа дѣла, а лишь формы выраженія. Л. І. Петражицкій не проводитъ прямо различія двухъ сторонъ въ понятіи объекта, но зато сверхъ единого объекта юридическихъ отношеній, — поведенія людей съ его разновидностями, — различаетъ еще въ составѣ юридическаго отношенія „предметныя или вещныя представленія“¹⁾, которыя совпадаютъ съ Бирлинговымъ „объектомъ объекта права“. Подъ „предметныя или вещныя представленія“ Л. І. Петражицкаго какъ разъ подойдетъ то „разнообразіе объектовъ права“, которое „факты жизни показываютъ“, и на которомъ нашъ авторъ настаиваетъ (см. § 570, с. 509). Такимъ образомъ и ученіе Л. І. Петражицкаго никакъ нельзя признать „монистическимъ“ по терминологіи автора.

5. По вопросу объ объектѣ юридическаго отношенія авторъ дѣлаетъ одно замѣчаніе методологическаго свойства. Замѣчаніе это задумано, очевидно, весьма глубокомысленно, но выражено столь „темно и вяло“, что читателю врядъ ли удастся уяснить себѣ истинный смыслъ этого замѣчанія безъ прямой помощи со стороны автора въ дѣлѣ раскрытія криптограммы.

„Отмѣтимъ, кстати“²⁾, говоритъ авторъ, „односторонность мнѣнія, по которому понятіе объекта права есть такая же чисто-формальная юридическая категорія, какъ и понятіе субъекта права; вѣдь правовой порядокъ совершенно безсиленъ *создать* какой бы то ни было объектъ права; онъ лишь *сообщаетъ* юридическій характеръ тѣмъ благамъ, интересамъ, которые выработаны бытовыми отношеніями. Понятіе объекта правъ, какъ и масса другихъ понятій, есть дѣйствительно юридическая категорія, вполне достаточная для цѣлей догматическаго изученія положительнаго права. Но философія

1) Л. І. Петражицкій, Теорія права и государства, том. II, изд. 2-ое, 1910 г., стр. 434—435.

2) Почему „кстати“, неизвѣстно, ибо вся приводимая тирада идетъ непосредственно вслѣдъ за напомниманіемъ о необходимости охраны неимущественныхъ интересовъ.

права учить, что такое изучение даетъ въ результатѣ знаніе лишь одной стороны изучаемаго сложнаго явленія“ (§ 572, с. 511, подстр. прим.).

Весьма внимательно изучилъ я все учение автора объ объектѣ юридическихъ отношеній и не нашелъ въ немъ ничего, чтобы выходило за предѣлы юридическихъ категорій. Въ ученіи о субъектѣ авторъ дѣйствительно выходитъ за предѣлы юриспруденціи, когда говоритъ: „истиннымъ субъектомъ правъ является бессмертная духовная сущность личности, ноуменальное я чловѣка, поскольку оно обнаруживается въ правовой жизни“ (§ 547, с. 485). Но въ ученіи объ объектѣ авторъ ограничивается юридическими феноменами и о ноуменальныхъ вещахъ не говоритъ. На что намекаетъ приведенная выше тирада, не понимаю.

6. Въ ученіи о дѣленіи права на публичное и частное встрѣчаемъ по одному и тому же вопросу два мнѣнія, взаимно исключаютія другъ друга, но тѣмъ не менѣе высказываемыя авторомъ. Въ одномъ мѣстѣ авторъ говоритъ: „Положительное право знаетъ цѣлый рядъ случаевъ, въ которыхъ публичныя права защищаются не иначе, какъ по призыву частныхъ лицъ — ихъ субъектовъ (административная юстиція)“ (§ 631, с. 561). Въ другомъ мѣстѣ заявляетъ: „изъ самаго характера публичныхъ правъ вытекаетъ, что... защита этихъ правъ не можетъ быть обусловлена инициативой отдѣльныхъ лицъ“ (§ 637, с. 568).

V.

Подробно разбирая „Очерки“ І. В. Михайловскаго, мы до сихъ поръ не обмолвились ни однимъ критическимъ замѣчаніемъ по существу того религіозно-метафизическаго міровоззрѣнія, которое положено авторомъ въ основу философіи права. Сдѣлали мы это преднамѣренно, заранѣе исключивъ такого рода критику изъ заданія, которое мы поставили нашему разбору.

Конечные вопросы мысли и духа не поддаются точному учету и потому всегда открываютъ возможность различнаго ихъ рѣшенія. Обсужденіе ихъ едва ли можетъ удержаться въ предѣлахъ объективной критики; оно невольно переходитъ въ полемику субъективнаго характера въ зависимости

отъ свойствъ ума и душевныхъ склонностей спорящихъ сторонъ.

Построеніе философской системы можетъ итти двоякимъ путемъ: либо путемъ чистаго дедуцированія изъ конечныхъ не поддающихся точному объективному учету принциповъ, либо путемъ сочетанія ихъ съ эмпирическимъ матеріаломъ объективной науки, непрестанной провѣрки первыхъ на послѣднемъ и объясненія послѣдняго первыми. При обсужденіи перваго пути приходится вращаться все время въ предѣлахъ указанной выше полемики, на второмъ пути открывается возможность объективной критики.

Нашъ авторъ, къ счастью, идетъ по второму пути и сочетаетъ умозрѣніе съ наблюденіемъ (§ 33). Въ виду этого мы въ нашемъ разборѣ его труда задались не полемикой, а объективной критикой.

Я лично вполне допускаю совмѣстимость эмпирическаго научнаго знанія съ общимъ міровоззрѣніемъ метафизическаго и религіознаго характера. Это дало мнѣ возможность держаться въ моемъ разборѣ преимущественно въ предѣлахъ конгеніальной критики.

Не встрѣчая надобности полемизировать съ авторомъ въ указанномъ выше смыслѣ, я могъ бы возразить однако противъ способа сочетанія въ философіи права наблюденія и умозрѣнія, эмпиріи и метафизики. Мнѣ думается, что въ данномъ дѣлѣ надлежало бы слѣдовать старому мудрому правилу: *entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*. Между тѣмъ это именно правило, по моему крайнему разумѣнію, нарушается авторомъ, такъ какъ онъ не довольствуется необходимыми для права метафизическими предположеніями, но вводитъ метафизику туда, гдѣ право, это проявленіе внѣшней, т. е. эмпирической свободы, требуетъ и вполне эмпирическаго объясненія. Въ качествѣ одного изъ примѣровъ такой ненужной метафизики въ правѣ, могу указать на то, что для объясненія юридической силы завѣщанія авторъ привлекаетъ „бессмертную духовную сущность личности“ и провозглашаетъ именно ее истиннымъ субъектомъ права (§ 547, с. 484—485).

Сдѣлавъ это замѣчаніе методологическаго характера, перейдемъ къ формулировкѣ отвѣта на основной вопросъ, отвѣта, долженствующаго служить и заключительнымъ вы-

водомъ изъ нашего разбора. Мы имѣемъ въ виду отвѣтъ на вопросъ, удалось ли автору выполнить задачу, которую онъ поставилъ своему труду.

Задачей своей авторъ поставилъ построение синтетической теории права, въ которой различныя воззрѣнія на право были бы приведены къ высшему единству.

Этой задачи авторъ, по нашему глубокому убѣжденію, не выполнилъ, какъ это, мы надѣемся, доказали во II части нашего разбора.

Разъ эта задача не выполнена, трудъ автора не внесъ, значитъ, въ литературу нашей науки ничего новаго по существу.

Что касается религиозно-метафизическаго міровоззрѣнія автора, то его нельзя, конечно, считать ни новымъ, ни самостоятельнымъ. Примѣнительно къ философіи права авторъ скомбинировалъ его изъ ученій Б. Н. Чичерина и Вл. Соловьева.

Въ эмпирической части своего труда авторъ тоже не даетъ ничего новаго, чего впрочемъ и нельзя ожидать отъ курса науки, что бы авторъ ни говорилъ о научномъ превосходствѣ курса надъ монографическимъ изслѣдованіемъ (Предисловіе, с. II; § 29, с. 22).

Въ произведеніи автора должны быть еще отмѣчены слѣдующіе существенные недостатки: 1) невыдержанность по цѣлому ряду вопросовъ принятыхъ авторомъ основныхъ точекъ зрѣнія, что приводитъ къ весьма частымъ противорѣчіямъ автора самому себѣ, 2) недостаточно объективное отношеніе къ нераздѣляемымъ авторомъ теоріямъ, и 3) нарушение въ отдѣльныхъ случаяхъ необходимой научной точности.

Повторяться насчетъ перваго изъ указанныхъ недостатковъ мы на этомъ мѣстѣ не будемъ, потому что весь нашъ разборъ испещренъ указаніями на внутреннія противорѣчія въ ученіяхъ автора. Подчеркнемъ лишь недостатки второй и третьей категорій.

По поводу второй категоріи напомнимъ о томъ, какъ авторъ приписываетъ теоріи интереса мысли, которыхъ не высказывалъ никто изъ ея представителей (см. у насъ выше стрн. 19 и 23—24), и какъ неправильно излагаетъ ученіе Бирлинга объ объектѣ права (см. у насъ выше с. 55—56).

Къ числу недостатковъ третьей категоріи мы относимъ встрѣчающееся у автора превращеніе собственнаго предполо-

женія въ исторически достовѣрный фактъ (см. у насъ выше с. 35—36), ссылку автора на обладаніе историческимъ фактомъ на протяженіи нѣсколькихъ десятковъ тысячелѣтій (см. у насъ выше с. 46—47). Подъ эту же категорію можно подвести и пользованіе филологіей сомнительнаго свойства. „Первоначальное значеніе слова „право“ на всѣхъ языкахъ“, говоритъ авторъ, „есть 1) „прямо“ и 2) „правда“ (§ 106, с. 82). На чемъ основано столь категорическое утвержденіе автора? Подтвердительныхъ ссылокъ у него нѣтъ. Не будучи языковѣдомъ, я все же могу указать, что наши историки-юристы уже наводили справки у филологовъ и убѣдились, что корневое происхожденіе, а слѣдовательно, и первоначальное значеніе словъ „право“ и „правда“ совсѣмъ иное, чѣмъ думаетъ нашъ авторъ, — оно родственно слову „пря“¹⁾. Вообще намъ юристамъ не мѣшаетъ помнить, что языкознание — наука весьма точная²⁾, и потому филологизировать на свой страхъ не слѣдуетъ и пользоваться „вѣковой мудростью человечества, скрытой въ языкѣ“ (§ 106, с. 82) надлежитъ не иначе, какъ по указанію соотвѣтственной специальной науки.

„Очерки“ автора написаны и изданы въ качествѣ университетскаго курса³⁾, предназначаемаго для студентовъ (см. Предисловіе, с. I—II). Поэтому слѣдуетъ сказать о нихъ хотябы нѣсколько словъ съ точки зрѣнія дидактической и педагогической, тѣмъ болѣе, что самъ авторъ даетъ такую оцѣнку сочиненіямъ другихъ теоретиковъ права⁴⁾.

Указанные выше научные недостатки „Очерковъ“, особенно обиліе внутреннихъ противорѣчій, подрываютъ ихъ

1) См. *В. И. Леонтовичъ*, Старый земскій обычай, Труды VI Археолог. съѣзда въ Одессѣ, 1889 г., т. VI, с. 5 и 15 — 16. Справка *В. И. Леонтовича* оказалась особенно полезной какъ противоядіе противъ разглагольствованій на ту же тему старѣйшаго славянофила въ историко-юридической наукѣ, — *Мащевскаго*. См. *W. A. Maciejowski*, *Historia prawodawstw słowiańskich*, wydanie 2-gie, tom I, Warszawa, 1856, § 115, str. 115.

2) Замѣтимъ кстати, что нашъ авторъ ставитъ сравнительное языкознание по степени точности и достовѣрности научныхъ выводовъ ниже догматической юриспруденціи (§ 31, с. 23—24). Станнымъ представляется намъ подобная сравнительная оцѣнка прикладной и чистой науки.

3) Въ одномъ мѣстѣ (§ 622, с. 551) авторъ прямо называетъ свой трудъ „курсомъ“.

4) Именно — „Теоріи права и государства“ *Л. И. Петражицкаго* (§ 158, с. 121, подстр. прим.).

дидактическое значеніе. Съ точки зрѣнія методики преподаванія представляется неправильнымъ то, что авторъ пользуется въ изложеніи спеціальными терминами, каковы: позитивизмъ, релятивизмъ, реализмъ (с. 7), неокантіанство (с. 14), солипсизмъ (с. 116), неогегельянство (с. 190), и не даетъ необходимаго для начинающихъ (курсъ предназначенъ для студентовъ I—II семестровъ) объясненія этихъ терминовъ. Прямой вредъ въ дидактическомъ отношеніи можетъ принести небрежность автора въ изложеніи, образцомъ которой можетъ служить § 25: въ немъ агностицизмъ Спенсера очутился въ роли ученія, иллюстрирующаго неокантіанство¹⁾). Наконецъ, неудобными, чтобы не сказать болѣе, въ дидактическомъ и педагогическомъ отношеніи являются нѣкоторые приемы научной техники и литературные нравы, которыхъ придерживается авторъ, и обсужденіе которыхъ мы относимъ къ слѣдующей ниже послѣдней части нашего разбора.

VI.

Упомянувъ о нѣкоторыхъ приемахъ научной техники, мы, собственно говоря, имѣли въ виду отношеніе автора къ цитатамъ.

Авторъ принципиально изгоняетъ изъ своей книги „нижній этажъ“ (Предисловіе, с. II) и вообще иронически относится къ „эрудиціи“, каковую при случаѣ помѣщаетъ поэтому въ кавычки (см. § 218, с. 170).

Нельзя ничего имѣть противъ такого изгнанія цитатъ, особенно изъ курса, такъ какъ въ курсѣ не могутъ быть конечно представлены усилія отдѣльныхъ изслѣдователей, и приводятся болѣе или менѣе готовые выводы безличной, такъ сказать, науки. Необходимо однако указать, что на самомъ дѣлѣ авторъ не изгоняетъ цитатъ безусловно, а только приводитъ ихъ въ ограниченномъ размѣрѣ. Разъ положеніе

1) Приведемъ соответственное мѣсто in extenso. „§ 25. Перейдемъ теперь къ критикѣ тѣхъ воззрѣній, которыя (напр. неокантіанство) отводятъ метафизикѣ почетное мѣсто въ духовной жизни человѣчества, но вмѣстѣ съ тѣмъ отрицаютъ ея научный характеръ, принципиально раздѣляя области науки и философіи. Основное положеніе, отъ котораго исходитъ это направленіе мысли, есть агностицизмъ (непознаваемость). Выдающийся представитель агностицизма Спенсеръ признаетъ . . . “ (с. 18) и т. д., — слѣдуетъ изложеніе Спенсера и полемика съ нимъ.

такое, то спрашивается, чѣмъ долженъ обуславливаться такой ограниченный выборъ. Конечно въ цѣломъ рядѣ случаевъ выборъ будетъ обуславливаться научно-литературными вкусами автора, и спорить объ этомъ не приходится. Есть однако случаи, въ которыхъ цитированіе, по крайней мѣрѣ, именъ ученыхъ неизбѣжно. Мы разумѣемъ тѣ случаи, когда автору приходится дѣлать выборъ между различными существующими въ наукѣ мнѣніями. Относительно мнѣнія, принимаемаго авторомъ, необходимо цитировать имя его родоначальника или наиболѣе выдающагося представителя, иначе читатель можетъ подумать, что имѣетъ дѣло съ оригинальнымъ мнѣніемъ автора. Полагаемъ, что выставляемое нами требованіе вполне объективно, и несоблюденіе его можетъ быть поставлено въ вину.

У нашего автора мы какъ разъ находимъ нѣсколько случаевъ подобнаго нецитированія, которое можетъ ввести въ заблужденіе читателей, особенно не свѣдущихъ въ научной литературѣ, а такими какъ разъ являются студенты, для которыхъ предназначаются „Очерки“ въ первую голову (см. Предисловіе, с. I). Отмѣтимъ эти случаи.

1) При установленіи понятія права въ духѣ теоріи свободы авторъ изъ двухъ встрѣчающихся въ русской литературѣ терминовъ, — „ограниченіе“ свободы¹⁾ и „опредѣленіе“ свободы²⁾, — признаетъ лучшимъ второй, но не указываетъ при этомъ, что этотъ терминъ принадлежитъ Б. Н. Чичерину.

2) Авторъ не указываетъ, что прототипъ его ученія объ естественномъ правѣ можно найти у. Вл. Соловьева, имя котораго имъ не упоминается въ связи съ „проблемой естественнаго права“ (см. у насъ выше с. 31—32).

3) Противопоставляя тенденціи догматическаго правовѣдѣнія къ ограниченію числа формальныхъ источниковъ права ученіе объ ихъ многообразіи, авторъ не указываетъ, что эту болѣе широкую точку зрѣнія на данный вопросъ выдвинулъ и развилъ Л. I. Петражицкій (см. у насъ выше с. 45).

4) Высказывая мысль о возможности различать двѣ стороны въ понятіи объекта права авторъ не цитируетъ Бир-

1) Кн. Е. П. Трубецкой, Энциклопедія права, Москва, 1907 г., с. 10.

2) Б. Н. Чичеринъ, Философія права, Москва, 1900 г., с. 84.

линга, дѣйствительнаго автора такого взгляда (см. у насъ выше с. 55—56).

Оригинальный примѣръ нецитирования именъ представляетъ слѣдующій случай. Отстаивая научную необходимость метафизики, авторъ между прочимъ говоритъ: „извѣстное изрѣ(е)ніе Аристотеля можно перефразировать такъ: чело-вѣкъ есть существо метафизическое“ (§ 36, с. 28). Никакъ не могу понять умолчанія автора о томъ, что перифразъ этотъ сдѣланъ Шопенгауеромъ¹⁾.

Попадаютъ, наконецъ, случаи, когда нецитированіе именъ ставитъ читателя въ безвыходное положеніе. Такъ, авторъ увѣряетъ, что есть ученые, которые „сводятъ всѣ объекты права къ *людямъ*, утверждая, что если право есть господство одного лица надъ другимъ, то объектомъ всякаго права можетъ быть только чело-вѣкъ“ (§ 570, с. 510), и что по мнѣнію „нѣкоторыхъ ученыхъ“ преступленіе есть юридическое отношеніе (§ 597, с. 530). Я рѣшительно не въ состояніи догадаться, какихъ ученыхъ авторъ имѣетъ въ виду въ приведенныхъ случаяхъ, а на основаніи имѣющихся у меня литературныхъ свѣдѣній я лишенъ возможности *iurare in verba auctoris*.

Перейдемъ, наконецъ, къ нѣкоторымъ замѣчаніямъ объ „Очеркахъ“ съ точки зрѣнія литературныхъ нравовъ. Какъ ни щекотливъ этотъ вопросъ, обойти его молчаніемъ все же нельзя.

Съ высоты своего философскаго міровоззрѣнія авторъ относится высокомерно и пренебрежительно ко всѣмъ огуломъ представителямъ специальныхъ юридическихъ дисциплинъ. О нихъ онъ вспоминаетъ только затѣмъ, чтобы обвинить ихъ въ философскомъ диллетанствѣ, путаницѣ въ терминологіи ряда основныхъ понятій, односторонности и узости взглядовъ (§ 29, с. 22; § 43, с. 33, подстр. прим.). Такъ какъ эти обвинения возводятся безъ всякихъ доказательствъ, голословно, при полномъ къ тому же неупоминаніи о заслугахъ специалистовъ для науки, то подобные выпады автора слѣдуетъ признать нарушеніемъ добрыхъ литературныхъ нравовъ.

1) См. *Arthur Schopenhauer, Die Welt als Wille und Vorstellung*, II Bd., Kap. 17, *Sämmtliche Werke*, hrsgg. von Eduard Griesebach, II. Bd., 2-ter Abdruck, Lpzg., s. a., S. 184; *Parerga und Paralipomena*, II Bd., Kap. XV, *Sämmtliche Werke*, V. Bd., S. 359.

Не грѣша уваженіемъ къ юристамъ-специалистамъ, авторъ къ себѣ, какъ философу права, относится съ величайшимъ вниманіемъ. Книга автора написана въ тонѣ эгоцентрическаго настроенія. Изложеніе всѣхъ важнѣйшихъ вопросовъ, и, главное, полемика съ противниками ведутся въ такомъ духѣ, какъ будто бы авторъ является единственнымъ представителемъ и поборникомъ идеализма въ философіи права.

Считая себя не только лучшимъ, но и единственнымъ воиномъ „Божьей рати“, авторъ обрушивается на своихъ противниковъ съ какимъ то фанатизмомъ. Въ пылу борьбы число противниковъ въ его глазахъ растетъ, и мнѣнія ихъ становятся все болѣе и болѣе еретическими. Что это такъ, въ этомъ можно убѣдиться путемъ сопоставленія ниже слѣдующихъ двухъ полемическихъ выпадовъ автора. Въ первомъ полемическомъ выпадѣ авторъ говоритъ: „Къ сожалѣнію можно встрѣтить (въ особенности у насъ) и такихъ позитивистовъ, которые характеризуютъ философское направленіе ума, какъ теченіе ретроградное, реакціонное, какъ обскурантизмъ. Такіе писатели очень недалеко ушли отъ газетныхъ борзописцевъ: узость и односторонность мысли тутъ соединяются съ тенденціозностью и съ отсутствіемъ уваженія къ своимъ научнымъ противникамъ“ (§ 24, с. 18). Во второмъ выпадѣ, послѣдовавшемъ черезъ двѣнадцать страницъ, сожалѣніе исчезаетъ, число противниковъ умножается, и объявляется походъ противъ всей официальной науки. „Позитивизмъ сдѣлался“, говоритъ авторъ, „основой официальной науки, а вслѣдствіе этого наука поражена двумя опасными болѣзнями, — догматизмомъ, а главное — *истеричностью*. Все, что выходитъ изъ общепринятыхъ въ науки шаблоновъ, объявляется „суевѣріемъ“, все, что нельзя втиснуть въ рамки обычнаго сознанія (напр. переживанія мистическія, религіозныя), клеймится терминомъ „патологическое“; все, что выходитъ изъ предѣловъ общепризнанныхъ научныхъ методовъ, называется „ненаучнымъ“. Невольно вспоминаются Бэконовскіе *idola theatri*, характеризованныя философомъ, какъ самыя опасныя“ (§ 39, с. 30).

По обыкновенію авторъ не цитируетъ ни именъ, ни произведеній. Какія лица и какіе научно-литературные факты даютъ автору основаніе говорить то, что онъ говоритъ, я не знаю и догадаться не могу.

Объясняя читателю цѣль и общій характеръ своего труда, авторъ заканчиваетъ Предисловіе слѣдующимъ заявленіемъ: „Я хорошо знаю, что книга очень не понравится представителямъ нѣкоторыхъ направлений въ наукѣ (о представителяхъ какихъ бы то ни было партійныхъ и политическихъ тенденцій я нисколько не забочусь: наука и „политика“ — два противоположныхъ полюса); но меня это не смущаетъ. Я добросовѣстно изучилъ литературу основанную на позитивизмѣ, соціологизмѣ, историзмѣ и натурализмѣ, и пришелъ къ убѣжденію, что въ ней заключается только часть истины, но далеко не вся истина. А эта часть истины вполне совмѣстима съ религіозно-метафизическими основами защищаемого мною міровоззрѣнія. Не модные лозунги, а исканіе истины и *сознаніе великой ответственности передъ своею совѣстью за каждое предлагаемое учащейся молодежи отъ имени науки слово*, опредѣляли собою то настроеніе, съ которымъ писалась эта книга“ (Предисловіе, с. III).

Сопоставляя то, что авторъ говоритъ о себѣ, съ тѣмъ, какъ онъ отзывался о другихъ, невольно вспоминаешь о гоненіи Паскаля на le moi haïssable въ философскихъ, научныхъ и литературныхъ произведеніяхъ и глубже постигаешь всю его моральную цѣнность.

14 іюня 1915 г.

Эльва Лифляндск. губ.